

REVISTA DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

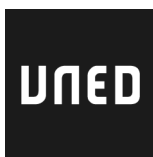
REVISTA

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 TEJÓN ALCALÁ, Profesor Contratado Doctor de Derecho penal, UNED
Laura DELGADO CARRILLO, Profesora Ayudante Doctora, UNED
Patricia PUENTE GUERRERO, Profesora Ayudante Doctora, UNED

COMITÉ DE REDACCIÓN

Sergio Cámara 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 Asúa 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 Larrauri 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 Utrech—.
Italia: G. Marinucci —Universidad Estatal de Milán—, E. Musco —Universidad de Roma Tor Vergata— y F. Sgubbi —Universidad de Bolonia—.
México: M. Moreno Hernández —Universidad Nacional Autónoma de México—.
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 Días 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 rellenar 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

GIORGIO D.M. CERINA, «El problemático tratamiento penal de la compra de votos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General»...	13
FRANCISCO SALVADOR DE LA FUENTE CARDONA, «Análisis dogmático y jurisprudencial del delito de tráfico de personas».....	83
ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ, «El abuso patrimonial sobre parientes vulnerables en la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal» ...	155
ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Resolución debida, resolución injusta y resolución inexistente».....	205
ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ, «El regreso del derecho consuetudinario como fuente del derecho penal internacional: las salas especiales de Kosovo y la detención arbitraria durante un conflicto armado de carácter no internacional».....	253
ANA I. PÉREZ MACHÍO, «Fundamento jurídico-penal de la clausula de agravación “víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad” del Código Penal: hacia un concepto de “vulnerabilidad victimal”»	311

SECCIÓN: CRIMINOLOGÍA

KOLDO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Y NAHIKARI SÁNCHEZ-HERRERO, «La implementación y gestión del asesoramiento criminológico conductual en las organizaciones policiales. Un estudio de carácter cualitativo».....	369
JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA, ANTONIA LINDE GARCIA, PATRICIA MARTÍN ESCRIBANO, Y AMÉRICA MACHADO GARCÍA, «Mujeres cis y transexuales que practican sexo de pago: involucración y consecuencias	407
CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE, «Buenas prácticas en la gestión de la victimización por matrimonio forzado en España: el caso de Cataluña	437

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CARMEN ALASTUEY DOBÓN, «El Derecho Penal ante el negacionismo»..... 483

DERECHO PENAL

EL PROBLEMÁTICO TRATAMIENTO PENAL DE LA COMPRA DE VOTOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

Giorgio D. M. Cerina

Profesor Contratado Doctor
Área de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

Title: Problems related to the criminal sanction of vote-buying within the Spanish election law.

Resumen: «Si me votas, te daré trabajo». «Si me votas, te bajaré los impuestos». «Si me votas, construiré un puente que le vendrá muy bien a tu negocio». ¿Corrupción de electores o democracia? El legislador español ha confiado parte de la respuesta a tan trascendental cuestión al artículo 146 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Empero, el análisis de la norma revela su pésima factura, su obsolescencia fruto del olvido y una aplicación por los tribunales no solo escasa sino también poco atenta.

De hecho, el precepto no contempla sanción alguna para el elector que vende su voto, lo que sugiere una interpretación restrictiva que deja un peligroso espacio de impunidad para la libre compraventa de votos. La laguna parece poderse llenar por lo menos en parte mediante una lectura distinta de la relación entre compra de votos y cohecho que coloca al intérprete en el debate relativo al espacio que tiene en España la sanción de la concusión.

Palabras clave: corrupción política; cohecho; concusión; delito electoral; compra de votos.

Abstract: «If you vote me, I will get you a job». «If you vote me, I will cut the taxes you have to pay». «If you vote me, I will build a bridge that will benefit your business». ¿Corrupted vote-buying or democracy? A rel-

evant part of the answer given by Spanish legislator to such an important question can be found in the article 146 of election law. Notwithstanding, the analysis of the norm shows a very poor legislative technique, the obsolescence of a regulation neglected by the legislator, and a very limited and careless application.

The lack of a sanction for the vote-seller implies a dangerous space of impunity for the free vote-buying in Spain. This space could be (at least partially) filled with a different reading of the relationship between vote-buying and common bribery offenses. The solution is related with the debate of the sanction of extortion in Spanish criminal law.

Keywords: *political corruption; bribery; extortion; electoral crime; vote-buying.*

Sumario: 1. Introducción. - 1.1. Acotando el objeto de estudio: el art. 146.1 a) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. - 2. El bien jurídico protegido en el delito electoral tipificado en el artículo 146.1 A) LOREG. 2.1. - Estado de la cuestión. - 2.2. Limpieza del proceso electoral. Crítica. - 2.3. El correcto funcionamiento del proceso electoral. Crítica. - 2.4. La libertad del elector. - 2.5. Planteamientos pluriofensivos. Crítica. - 2.6. Aclaraciones sobre la libertad del elector: - 2.6.1. Libertad como ausencia de condicionamientos (o en sentido débil). - 2.6.2. Libertad como ausencia de coerción de la voluntad (o en sentido fuerte). - 2.7. Toma de postura. - 3. Sujeto activo y pasivo. - 3.1. El elector como persona ofendida. - 3.2. Breve *excursus* sobre la *concussione* e *l'induzione indebita a dare o promettere* en el Código Penal italiano. - 3.2.1. ¿La iniciativa como intimidación *iuris et de iure*? - 3.2.2. Simplificación vs. proporcionalidad. - 4. La conducta típica. - 4.1. Lectura mayoritaria. - 4.1.1. La solicitud: consideraciones sistemáticas. - 4.2. Una interpretación político-criminalmente orientada por el bien jurídico... - 4.3. La inducción. - 4.4. Consumación, tentativa y actos preparatorios. - 4.4.1. La interpretación mayoritaria. - 4.4.2. ¿Y la tentativa? - 4.4.3. Puntos problemáticos de la solución mayoritaria. - 4.4.4. Consecuencias de la eficacia de la inducción sobre la consumación del delito. - 4.4.5. ¿Un delito «a dos velocidades»? - 4.5. Toma de postura. - 5. La recompensa, dádiva, remuneración o promesa: consideraciones sistemáticas. - 5.1. ¿Recompensa? - 5.2. La irrelevancia del cohecho de facilitación y la cuestión de los *munuscula*. - 5.3. La dádiva: una interpretación restrictiva. - 5.3.1. La dádiva «de cualquier clase». - 5.3.2. ¿Beneficio propio o (también) ajeno? - 5.4. La promesa. - 6. Delito electoral y cohecho. Apuntes. - 6.1. ¿Concurso de leyes o de delitos? - 6.2. Sobre la «publicidad» de la función de votar. - 7. Concluyendo. - 7.1. Una propuesta interpretativa *de lege lata*. - 7.2. *De lege ferenda*.

1. Introducción

En democracia, el juego de la política parece discurrir a menudo a lo largo de relaciones construidas sobre un esquema basado en el *do ut des*: de la crónica española de los últimos meses, pueden extraerse sin demasiado esfuerzo muchos ejemplos de interacciones entre políticos electos (votos de investiduras a cambio de ministerios, indultos o amnistías...) o entre políticos y electores (votos a cambio de dinero o de empleos públicos) que se desarrollan más o menos de esa manera.

Ahora, cuando los penalistas pensamos en este *modus operandi* basado en el «intercambio», si, en el medio, hay personas cuyo trabajo se relaciona con lo «público» que, de alguna manera, sacan algún beneficio de ello, la palabra «soborno» viene casi inevitablemente a la cabeza. Y, aunque nos limitemos ahora a las interacciones entre políticos y electores, el problema del deslinde entre el juego democrático y el Derecho penal no parece baladí. Lo escribía ya Dahl hace más de medio siglo¹: a fin de cuentas, «*The essence of all competitive politics is bribery of the electorate by the politician*».

Y, de hecho, cuando se aproximan las elecciones, parece natural que cualquier político pragmático busque responder a los electores que le preguntan «¿qué hay de lo mío?». En qué casos la respuesta y la pregunta son parte del «juego democrático» y cuándo deben llamarse «sobornos» es cuestión delicada: por un lado, el soborno es corrupción² y su difusión implica consecuencias fatales para la democracia³; por otro, ¿no se supone que, en democracia, el voto ha de otorgarse justamente en atención a las promesas que los políticos hacen a los electores?

Resolver el problema no es fácil y requeriría de un espacio del que aquí no disponemos. Lo que sí podemos hacer es dar un primer paso en esa dirección analizando la definición del soborno del elector proporcionada por el legislador penal español que, más o menos desde siempre, ha considerado necesario explicitar en una norma anticorrupción *ad hoc* el despliegue de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico a protección de las elecciones, momento «estelar» de toda democracia. Así las cosas, en las páginas siguientes, nos centraremos en las dudas que suscita hoy la disciplina penal del soborno electoral⁴. Como veremos, no son pocas.

¹ R. A. DAHL, *A preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago press, 1959, p. 59.

² La discusión relativa a la acotación del término «corrupción» es demasiado extensa y conocida como para que ahora podamos recorrer el debate que la rodea. Con la única finalidad de aclarar qué es lo que aquí se pretende estudiar, me limitaré a señalar que entenderé «corrupción» como sinónimo de «soborno» o «cohecho», al igual que lo hacen los códigos penales de la práctica totalidad de los países de nuestro entorno europeo en los que se habla una lengua que deriva del latín.

³ El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 (instrumento de ratificación publicado en el BOE n. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153, en este momento, accesible en el enlace <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-13012>) dice textualmente que la corrupción preocupa «por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia».

⁴ Con carácter general, puede compartirse la reflexión final de E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de política criminal*, n. 3, 1977, 271-275, a pp. 285 y sgts.

1.1. Acotando el objeto de estudio: el art. 146.1 a) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General

Limitado el objeto de estudio al soborno en el ámbito electoral, ya podemos circunscribir el análisis al artículo 146 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) cuyo texto es el siguiente:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses:

- a) Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.
- b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.
- c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

2. Los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo incurrirán en las penas señaladas en el número anterior y, además, en la inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años».

Una rápida lectura de la norma es suficiente para centrar la atención en el punto a) del apartado 1 (y sobre el apartado 2 en relación con el 1.a): la similitud con el delito de cohecho tipificado por los artículos 419 sgts. CP es evidente⁵. No así el marco sancionatorio:

- 1. A diferencia de lo que contemplaba el diseño original de 1985⁶, la respuesta penal a la corrupción es hoy mucho más severa en la disci-

⁵ Véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 2, 1977, 165-179, a p. 175. De hecho, hablan de «cohecho electoral» J. L. PEÑARANDA RAMOS, «Delitos e infracciones electorales» y «Delitos en particular», en L. M. CAZORLA PRIETO, (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Madrid, Civitas, 1986, 1097-1245, a p. 1218; L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”», en P. M^a. DE LA CUESTA AGUADO *et al.* (COORD.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 749-766, a p. 750.

⁶ En el momento de su entrada en vigor, la LOREG contemplaba unas penas «de arresto mayor (de 1 mes y un día a 6 meses) y multa de 30.000 a 300.000 pesetas» a las que, en el supuesto del apartado 2 del artículo 146, se añadía la de «inhabilitación especial para cargo público». A resultados de la reforma de 1984 sobre el texto de 1973, en el delito de cohecho previsto por el Código Penal, aparte de la inhabilitación especial para todo funcionario público, las penas eran: en caso de cohecho por acto delictivo o injusto, de «prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años) y multa del tanto al triple del valor de

plina «general» que en la (olvidada⁷) norma especial-electoral⁸. Y he aquí la primera cuestión: ¿Por qué razón un funcionario que ofrece empleos públicos a cambio de votos merece una sanción muy inferior a la que le correspondería si los prometiera a cambio de dinero?

2. A diferencia de la «común», la norma penal electoral no contempla sanción alguna para el votante sobornado. Así que ¿por qué quien «compra» un empleo público dando a cambio su voto es impune mientras que quien promete dinero o una prestación sexual a cambio del mismo empleo recibe una sanción ejemplar?

2. El bien jurídico protegido en el delito electoral tipificado en el artículo 146.1 a) LOREG

2.1. Estado de la cuestión

La doctrina que se ha interesado por los delitos electorales se ha preguntado acerca de la posibilidad de hallar un bien jurídico común a to-

la dádiva» (arts. 385 y 386, I); en el caso de que el acto injusto no llegara a ejecutarse, de «arresto mayor (de 1 mes y un día a 6 meses) y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva» (art. 386, II); en el caso en que el pacto tuviera por objeto «abstenerse el funcionario público de un acto debido que debiera practicar en el ejercicio de su cargo», las penas eran de «arresto mayor (de 1 mes y un día a seis meses) y multa del tanto al triplo del valor de aquélla» (art. 387); finalmente, en el caso de cohecho de facilitación y de cohecho por acto justo «que no deba ser retribuido», las penas eran «de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas». Como se observa, la pena prevista para el delito electoral era comparable con la que el Código Penal contemplaba para el cohecho por acto injusto no constitutivo de delito no ejecutado y claramente mayor de la prevista para el cohecho por acto justo (o de facilitación). Acerca de la general mayor severidad de la parte penal de la LOREG respecto del Código Penal (vigente en el momento de la entrada en vigor de la norma) en lo que respecta a los delitos tipificados en ambos cuerpos normativos, véase M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, «Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio», en M. COBO DEL ROSAL, (COORD.), *Comentarios a la Legislación Penal. T. XVI. Delitos electorales. Responsabilidad civil derivada del delito. Delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Nueva regulación de la «corrupción» pública*, Madrid, Edersa, 1994, 1-86, a pp. 12-13.

⁷ De hecho, si, desde la entrada en vigor de la LOREG, el delito de cohecho se ha visto sometido a una relativamente intensa actividad reformadora que ha modificado notablemente al alza el marco sancionador, el delito electoral ha sido «retocado» tan solo una vez hace más de 10 años.

⁸ En el delito de cohecho impropio del artículo 420, las penas son de 2 a 4 años de prisión, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de 5 a 9 años; en el cohecho propio del artículo 419, se contempla una pena de prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 a 12 años. En ambos casos, incluso con el supuesto agravado del artículo 146.2, la diferencia es enorme y llama especialmente la atención la que existe entre el delito tipificado con arreglo al art. 146 LOREG y el supuesto de cohecho impropio (por acto no contrario a los deberes del cargo), sobre todo si comparada con la que existía en el momento en el que entró en vigor la LOREG.

dos los preceptos penales contenidos en la sección II del capítulo VIII del título I de la LOREG⁹. Recorriendo ese camino, se ha perseguido con loable ahínco el amparo constitucional a la intervención penal, siendo la referencia al artículo 23 CE ciertamente pertinente¹⁰.

Por lo que respecta al artículo 146.1 a) LOREG, a grandes rasgos, los interrogantes que plantea la acotación del bien jurídico parecen haberse resuelto ora en clave supraindividual, ora individual.

Empezando por el primer enfoque, se ha dicho que, tipificando el delito *de quo*, el legislador penal protege el correcto funcionamiento del proceso electoral, su «pureza», «integridad» o «limpieza»¹¹. Apuntando hacia un bien jurídico individual, en cambio, el acento se ha puesto sobre la libertad del elector a la hora de manifestar su preferencia mediante el voto¹².

⁹ En doctrina, se ha hablado de protección del «derecho de sufragio», tanto en su vertiente activa (libertad de voto) como pasiva (igualdad de oportunidades de las distintas formaciones políticas). En estos términos, M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 6, 2006, pp. 16 y sgts.; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, pp. 2 y sgts.; *Idem*, «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, pp. 8-9; E. J. PÉREZ ALONSO, «Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a. *et al. Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, 1443-1470, a pp. 1454-1455.

¹⁰ En la jurisprudencia, véase STS 120/2021, de 11 de febrero, (ECLI:ES:TS:2021:353). En doctrina, véase J. M. MAZA MARTÍN, «Delitos e infracciones electorales», en M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, 1179-1283, a p. 1187; M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 14 y sgts.; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección penal...», cit., p. 15.

¹¹ Véase, por ejemplo, la ya citada STS 120/2021 que habla de «pureza y transparencia» con respecto a la «tipificación de conductas penales en la LOREG». En doctrina, apuesta por la «corrección y pureza del sistema electoral» J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1266 e *Ibidem*, p. 1196 quien habla de «desarrollo y la pureza de la elección». Menciona la «pureza» como una de las *rationes legis* de los delitos electorales también E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1447. Véase también E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones...», cit., p. 284 quien apunta hacia la «limpieza e integridad de las elecciones»; habla de «pureza del sistema electoral» también E. DE URBANO CASTRILLO, «Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, 41-50, a p. 43.

¹² En este sentido, véanse: J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., pp. 1217-1218; E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones...», cit., p. 279; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 174; L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes” en el desarrollo del proceso electoral – artículos 146, 147, 148, 149 y 150», en I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, (DIR.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Madrid Dykinson, 2019, 181-231, a p. 185; *Idem*, «Delito de...», cit., pp. 752-753; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 63. Parece excluir que el art. 146.1 a) proteja este bien jurídico M. A. ALTÉS MARTÍ, «El delito electoral», en *Corts: anuario de derecho parlamentario*, n. 8, 1999, 163-185, a p. 176.

2.2. Limpieza del proceso electoral: crítica

En primer lugar, conviene apuntar que el hallazgo de un bien jurídico común a todos los delitos electorales es cuestión que extralimita el objeto de este trabajo y que, además, en mi opinión, aporta más bien poco¹³.

De la misma manera, por las mismas buenas razones esgrimidas por la doctrina más reciente respecto de ciertas reconstrucciones del objeto jurídico de algunos delitos contra la Administración pública¹⁴, términos como «limpieza», «integridad» o «pureza» parecen demasiado genéricos, anclados a perspectivas moralistas escasamente compatibles con un Derecho penal liberal de un Estado democrático de derecho y, sobre todo, ligados a concepciones que sustancialmente terminan anulando toda función crítica y selectiva del bien jurídico, auto-justificando cualquier intervención jurídico-penal¹⁵: al fin y al cabo, la sanción de todo comportamiento contrario a una norma (sea legal, penal, moral, ética...) puede justificarse esgrimiendo su «impureza»¹⁶.

¹³ Puede aquí remitirse a los mismos argumentos que la doctrina ha empleado a la hora de analizar la utilidad de la individualización de bienes categoriales con respecto a otros títulos del Código Penal. En materia de delitos contra la Administración pública, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 119 y sgts. y a la bibliografía ahí referenciada. En sentido contrario (¿o no?) véase, por ejemplo, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1186 quien sugiere que hallar un bien jurídico común serviría para dar «justificación de una regulación especial y separada de los delitos electorales» (aunque, en mi opinión, el eventual hallazgo de un bien jurídico común a todos los delitos electorales podría utilizarse como argumento para... añadir un título al Código Penal). Finalmente, nótese que, a renglón seguido, el propio autor reconoce que es la «identificación del objeto de protección de cada tipo» lo que tiene «utilidad práctica» para efectos de «interpretar el significado y contenido de la propia norma». Véanse también las consideraciones de M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., pp. 26-27.

¹⁴ Véase, entre muchos, E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho como instrumento de corrupción política», en L. MORILLAS CUEVA, (DIR.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, Dykinson, 2021, 601-650, a p. 615; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos 'del cargo')», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html.

¹⁵ Lo mismo cabe decir respecto de aquellas posturas que, sobre todo en materia de corrupción política, han sustancialmente identificado el bien jurídico protegido con la «honradez», «lealtad», «probidad» o «prestigio» (así E. RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 98, 103, 232 y 234). Para una crítica generalizada (y compartida por la práctica totalidad de la doctrina), entre muchos, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien...* cit, pp. 61 y sgts. y 127 sgts. y a N. DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Granada, Comares, 2004, pp. 57 y sgts.

¹⁶ Es crítica también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018, p. 9 quien observa que hablar de «pureza del procedimiento» equivaldría a «sancionar las meras inobservancias o violaciones de la normativa electoral».

En mi opinión, un proceso electoral resultará menos «limpio», «íntegro» o «puro» solo tras la realización de comportamientos desaprobados por vulnerar un determinado bien jurídico que, por lo tanto, no puede tautológicamente identificarse con la propia «limpieza», «integridad» o «pureza». Al contrario, la búsqueda deberá detenerse precisamente en ese evento «ensuciador» que *causa* la falta de «limpieza».

A fin de cuentas, nadie defiende que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es la «pureza» de las relaciones interpersonales.

2.3. *El correcto funcionamiento del proceso electoral. Crítica*

Pueden oponerse argumentos parecidos a los planteamientos que apuntan hacia el correcto funcionamiento del procedimiento electoral¹⁷.

Si es posible (y aquí, en mi opinión, lo es), el adjetivo «correcto» debería ser precisado para que el bien jurídico se construya alrededor de conceptos aprehensibles y resulte lesionable por una conducta individual cuyo peligro concreto pueda comprobarse. En definitiva, debería concretarse cuál es el bien jurídico cuya afectación implica un «incorrecto» funcionamiento del mecanismo electoral¹⁸.

2.4. *La libertad del elector*

Más acertada me parece la referencia a la libertad del elector a la hora de emitir su voto. Apuntan en esta dirección:

1. el artículo 23 de la Constitución que se refiere al derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes «libremente elegidos en elecciones periódicas»;

¹⁷ Como hemos visto (*supra* nota 11) habla de funcionamiento correcto del sistema electoral J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1266.

¹⁸ Como se ha observado, «en el proceso legislativo y/o interpretativo es necesaria una correcta precisión del bien jurídico protegido por el tipo, que evite las definiciones excesivamente vagas e indeterminadas y, en definitiva, lo haga susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por una conducta individual» (así C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnica de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 326). En el mismo sentido, parecen perfectamente trasladables aquí las consideraciones de J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 11, 2003, 95-164, a pp. 131 y sgts. (en el mismo sentido, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 208).

2. el preámbulo de la LOREG que comienza señalando que «el objetivo esencial» de la ley es «lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen *en plena libertad*»¹⁹;
3. sobre todo, el propio texto del artículo 146.1:
 - a) los supuestos considerados por las letras b) y c) están claramente relacionados con la protección de este bien jurídico²⁰;
 - b) la pena del apartado 1 es la misma que el Código Penal establece para el delito de coacciones (art. 172);
 - c) a diferencia de lo que acontece en la corrupción «común» (arts. 419 y sgts. CP),
 - en el supuesto tipificado en el punto a), la conducta típica se describe utilizando (también) el verbo «inducir»;
 - el objeto material de las conductas típicas (solicitar o inducir) no es la dádiva (recompensa, remuneración o promesa), sino la propia actuación del elector solicitado o inducido²¹;
 - d) el argumento decisivo es que el legislador no ha considerado penalmente relevante la conducta del votante que ofrece su voto a cambio de dádivas o recompensas o que accede gustoso a la solicitud del corruptor. Y se trata de una elección político criminal que, en el marco penal anticorrupción español, resulta especialmente llamativa, ya que se contrapone a la que adopta el Código Penal que sanciona por igual al *intraneus* autor de corrupción pasiva y al *extraneus* autor de corrupción activa²². Como veremos, dicha opción resulta plausible solo si se asume que el menoscabo de la libertad del elector es de tal entidad que convierte al sobornado en víctima²³.

¹⁹ Véase también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 8.

²⁰ Véase, por ejemplo, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 174. En sentido aparentemente contrario, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de conductas «completamente diferentes».

²¹ En mi opinión, no es del todo correcto afirmar que la conducta típica consiste en «un ofrecimiento o promesa de recompensa, dádivas o remuneraciones para que el elector se abstenga, vote o excluya una determinada candidatura o lo haga en blanco» (J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268).

²² Sobre este punto, conviene remitir desde ya a las consideraciones de I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos», en *Poder Judicial*, n. 40, 1995, 425-471, a pp. 464 y sgts.

²³ En este sentido, véase J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1223 quien utiliza este mismo argumento para excluir que la norma proteja un bien jurídico genéricamente identificable con la «pureza del sufragio». Muy clara la STS 485/2006, de 28 de abril, ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (ECLI:ES:TS:2006:2613) que califica al votante como «sujeto pasivo del delito».

2.5. Planteamientos pluriofensivos. Crítica

Tampoco han faltado planteamientos que han sugerido una reconstrucción pluriofensiva, yuxtaponiendo un bien supraindividual afectado de forma mediata a uno individual inmediatamente lesionado²⁴.

Y se trata de una aproximación que tiene ciertas ventajas en clave procesal, ya que legitima la presencia de una acusación particular²⁵ a

²⁴ Véase, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., pp. 1187-1188 quien, a propósito de los delitos electorales en general, habla de delitos «pluriofensivos» que ofenderían: 1. bienes jurídicos «comunes a figuras concretas y contenidas en el Código Penal, como la libertad (coacciones)...»; 2. los «valores superiores de orden constitucional (...) consagrados esencialmente en los arts. 1, 6 ó 23 de nuestra Constitución»; «un valor inmediato» constituido por «los diversos elementos del proceso electoral, tal como viene regulado en la norma electoral». En la jurisprudencia, véase SAP Cáceres 122/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2017:122). En el caso examinado por la Audiencia, con el argumento de que el bien jurídico protegido por el delito electoral es de naturaleza supraindividual, la defensa cuestiona la calificación de «víctima» del declarante que supuestamente había sido inducido a votar en un determinado sentido (en el caso *de quo*, se enjuiciaba un cohecho electoral en el que se buscaba captar votos a favor de la candidatura del Partido Popular, siendo la víctima el hijo de un miembro de la lista de la candidatura del Partido Socialista Obrero Español y que había aportado una grabación incriminatoria de una conversación mantenida con la solicitante). La Audiencia contesta diciendo que «es cierto» que se trata de un bien jurídico supraindividual, pero aclara que, puesto que «nos encontramos ante un delito que protege un derecho constitucional como es el derecho al voto libre y secreto», lo anterior, «no implica necesariamente que en algunas modalidades o manifestaciones de la vulneración de este derecho al voto en esas condiciones no afecte a la vez intereses eminentemente personales, como es en este caso concreto el condicionar ese ejercicio libre que sí es personal. Si a una persona se le pretende inducir, e incluso condicionar su voluntad a votar en un determinado sentido aprovechando su situación personal de tanta necesidad como es un trabajo que le proporcione tener cubiertas las necesidades propias y de su familia, claro que esta persona puede ser considerada víctima de esa acción, al fin y al cabo lo que se pretende es forzar, con una promesa o prebenda su voluntad y torcerla en un sentido» (cursiva mía). Véase también la STS 120/2021 ya citada, en la que se lee que «en realidad este tipo de ilícito lo que trata de proteger es la libertad de los electores en cuanto al proceso motivador del sentido de su voto libre y secreto, pero la doctrina mayoritaria y parte de la jurisprudencia entiende que el bien jurídico [*sic!*] es pluriofensivo cuya protección no es únicamente personal sino de interés supraindividual».

²⁵ Debe reconocerse que la jurisprudencia española ha sido tradicionalmente laxa a la hora de utilizar el bien jurídico para trazar una línea divisoria clara en materia de legitimación procesal activa entre víctima/acusación particular y perjudicado-no-víctima/actor civil. Véase, por ejemplo, la reciente STS 61/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2023:61), FJ XVII en la que se lee que, para la personación de la acusación particular, es suficiente que alguien (o, como en este caso, una entidad) se vea «concernido» por la comisión de un delito y que tenga algún tipo de (no mejor precisado) «interés» en la preservación del bien jurídico protegido, de lo que coligen los magistrados la existencia de cierta «legitimación para perseguir estos hechos, más allá de como acusador popular, como acusación particular, por tal vinculación» con el bien jurídico que, se insiste, se declina como genérico interés. Según algunos, este panorama estaba destinado a cambiar a consecuencia de la reforma del artículo 110 LECrim operada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito y por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (véase, A. DÍAZ CABIALE Y C. CUETO MORENO, «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO

la vez que permite contar con una acusación popular²⁶ «plena»²⁷, eficaces contrapesos a un acusador público vinculado a la política, lo que es especialmente relevante en delitos relacionados con la corrupción... política²⁸.

Pero, dejando a un lado las cuestiones adjetivas²⁹, la sensación es que, adoptando un planteamiento pluriofensivo formulado de esa manera, se

8/21», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 24, 2022, pp. 13 y sgts. y también J. M. DEL AMO SÁNCHEZ, «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», en *Diario La Ley*, n. 10212, Sección Tribuna, 20 de enero de 2023, pp. 7-9). Con independencia de ello, aparte de la laxitud mencionada, la nebulosa reconstrucción de la titularidad del bien jurídico ha permitido que, en el delito electoral que ahora nos interesa, se admitiera sin demasiada discusión que se personaran como acusación particular (que no popular) los representantes de las listas (STS 193/2006, de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:7428) o del partido político concurrente (STS 120/2021 ya citada).

²⁶ Véase E. DE URBANO CASTRILLO, op. cit., pp. 45-46 quien recuerda que, a tenor del art. 151 LOREG, el ejercicio de la acusación popular no requiere fianza.

²⁷ En el marco de una interpretación creativa del art. 782 LECrim. El planteamiento parece el resultado de la fusión de la conocida «Doctrina Botín» (STS 8025/2007, de 17 de diciembre, ECLI: ES:TS:2007:8025) con la «Doctrina Atuxa» (STS 687/2008, de 8 de abril, ECLI: ES:TS:2008:687). Resumiendo brevemente, mientras que, en el primer supuesto, mediante una interpretación literal del artículo 782 LECrim, el Tribunal excluyó que la acusación popular pudiera solicitar con éxito la apertura del juicio oral en contra del criterio del Ministerio Fiscal y de la acusación particular (se trataba de un delito contra la Hacienda Pública), en el segundo, se exceptuaba el supuesto en el que no hubiera acusación particular personada por resultar incompatible con el bien jurídico (supraindividual) protegido por el delito (de desobediencia). El planteamiento resultante puede leerse con claridad, entre otras, en la STS 277/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056) en la que se afirma que «está vedada su [de la acusación popular] acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce, sin embargo, legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público, en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social». Ciertamente eficaz y en el mismo sentido la STS 826/2020, de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2020:826), FJ II.

²⁸ Para esta lectura del rol de la acusación popular, se remite a los votos particulares a la STS 8025/2007, de 17 de diciembre ya citada de los magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y José Manuel Maza Martín. Véanse también las consideraciones de A. DÍAZ CABIALE Y C. CUETO MORENO, op. cit., p. 18. Como nota que, hoy en día, es poco más que anecdótica, puede señalarse que el artículo 71 del Borrador de Código Procesal Penal mencionaba expresamente a los «delitos electorales de los arts. 139, 140, 146 y 150 de la L.O. 5/1985...» como supuestos en los que podría «interponerse» la acción popular. La mención de los delitos electorales como supuestos habilitadores del ejercicio de la acción popular, sin embargo, ha desaparecido en el más reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (el art. 122 solo menciona a preceptos del Código Penal).

²⁹ No es evidentemente el momento para detenernos en esta cuestión. Dejando a un lado lo obvio (que la titularidad del bien jurídico no puede condicionarse a lo que condiciona, es decir, a la legitimación procesal que, en realidad, *depende* de lo primero), conviene que me limite a apuntar la sensación de que la construcción jurisprudencial

corre el riesgo de confundir la *ratio* de la intervención del legislador con el objeto jurídico del precepto en que dicha intervención se ha sustanciado³⁰. De hecho, incluso aquellos autores que han aceptado subsumir la *ratio legis* en la idea de bien jurídico mediato han aclarado que la categoría así entendida tiene cierta utilidad (en términos interpretativos o de graduación de la pena³¹) solo ahí donde, entre el bien jurídico mediato y el inmediatamente afectado, existe una diferencia *cualitativa*³². Y, en este caso, la vaguedad con la que se acota el bien jurídico mediato (y, como veremos en seguida, el inmediatamente lesionado) impide resolver si el primero (la limpieza del sistema electoral como condición necesaria para la vida en democracia) es algo cualitativamente diferente al segundo

de una acusación popular cuyas geometrías varían en función de un parámetro tan (convenientemente) inestable como el bien jurídico protegido, aparte de no venir sugerida por el legislador procesal ni por la Constitución, se parece mucho a una especie de *llave maestra* auto-forjada por el Poder Judicial que, precisamente en casos... «políticamente delicados», ha servido para «moldear» convenientemente a la acusación popular.

³⁰ Puede suscribirse la afirmación de C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., p. 66 quien advierte que «la utilización del término “bien jurídico” también para aquellos intereses y objetos que constituyen la *ratio legis* (aunque *algunos de ellos* – no todos – sean de hecho bienes jurídicos protegidos en otros tipos) puede dar lugar a malentendidos sobre cuál es el bien de referencia en materia interpretativa, sistemática y de medición de la pena, así como sobre la propia condición de “bien jurídico” de algunos intereses u objetos que, sin embargo, pueden carecer de ella desde la perspectiva de una concepción material como la aquí [y aquí también] defendida». Para una crítica convincente al concepto de bien jurídico intermedio que, con independencia de su validez general, parece hecha a medida para el caso que ahora nos interesa, véase *Ibidem*, pp. 169 y sgts.

³¹ Sobre la «mucho más modesta» función que desempeñaría el bien jurídico mediato supraindividual-*ratio legis*, véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 206.

³² Véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 207 quien parece defender la utilidad de la construcción de delitos con bien jurídico mediato (de carácter supraindividual y que se cifra en el orden socioeconómico, en su planteamiento), solo si existe una diferencia cualitativa entre los bienes mediata e inmediatamente protegidos. Eso, dice el autor, no acontecería toda vez que el pretendido bien jurídico supraindividual (como la supervivencia de la especie humana en el homicidio) «no rebasa el plano puramente conceptual» y se presenta como mero resultado de «generalizar» la lesión del bien jurídico individual (homicidio). Atribuye consecuencias relevantes a la existencia de una diferencia cualitativa entre bien jurídico individual y supraindividual también I. COCA VILA, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017, p. 31. Según el autor, de hecho, habría que atender a «si la protección del interés individual está o no incorporada ya en el bien jurídico supraindividual, esto es, de si el bien individual y el colectivo presentan una misma y única dirección de protección o, por el contrario, tienden en última instancia a la garantía de intereses diversos» o a si los intereses tienen «distinta naturaleza» o «una dirección de protección distintas». Sin ánimo de adentrarnos ahora en la *querelle*, quizás no sobre apuntar ciertas dudas de cara a los criterios que habría que emplear a la hora de decidir si los bienes jurídicos presentan o no diferencias cualitativas. En el ejemplo (planteado por Coca) de la corrupción en los negocios, por ejemplo, que el patrimonio y la competencia leal resulten *cualitativamente* diferentes parece, por lo menos, opinable.

(libertad del elector a la hora de votar como condición necesaria para la vida en democracia).

Así, por ejemplo, si se identificara el elemento concreto del sistema electoral que implica aquí su incorrecto funcionamiento con la falta de libertad del conjunto de los electores en el ejercicio del voto³³, afirmar que el delito electoral es un delito pluriofensivo que, aparte de ese bien jurídico, afecta a la libertad individual del votante, sería como decir que el homicidio, aparte de la vida, lesiona la «expectativa de supervivencia de la especie humana»³⁴. En un caso como en el otro, que la preservación del bien jurídico individual (vida y libertad del votante) sea relevante para la ciudadanía entera justifica la intervención del Derecho penal (*ratio legis*)³⁵, pero ni puede considerarse parte del tipo de injusto³⁶, ni incide en la titularidad (individual, colectiva o supraindividual) del bien jurídico mismo. De lo contrario, todos los delitos tendrían un objeto jurídico mediato de naturaleza supraindividual³⁷.

Por otra parte, si, en clave supraindividual, se aludiera a algo *cualitativamente* distinto a la libertad del votante, deberían tenerse presentes las consecuencias que conlleva mezclar la perspectiva individual en la que se mueve el bien jurídico «libertad-del-votante» con la supraindividual implícita en las ideas de «limpieza» o «pureza» del sistema electoral. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia del asentimiento libre del elector que acepta gustoso comerciar con su voto: si el mismo propone el intercambio o accede libremente a la solicitud, en una óptica supraindividual, nada debería obstar a su punibilidad³⁸, ya que, evidentemente, ningún votante puede disponer del «correcto funcionamiento» del sistema electoral ni de su «limpieza». Así que sería inexplicable la elección del legislador de considerarle exento de pena.

A lo anterior, podría contestarse que, si se cifra el bien jurídico protegido en la (sola) libertad del elector, no solo se excluye la responsabilidad penal del votante que accede a la solicitud y vende su voto, sino que, si

³³ O, lo que es lo mismo, se dice que el «depositario de la tutela jurídica» de la libertad del elector «es el propio Estado social y democrático de Derecho y en última instancia, la misma sociedad democráticamente organizada» (así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”»...cit., p. 185 e *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...» cit., p. 753).

³⁴ Véase L. GRACIA MARTÍN, «Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 13, 2004, 445-481, a pp. 462-463.

³⁵ No otra cosa se lee en C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 270.

³⁶ Se remite aquí a C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 206.

³⁷ Como señala L. GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 462. Véase también C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., pp. 119 y sgts. con amplias referencias bibliográficas.

³⁸ Véase C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, op. cit., pp. 158-159; B. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 197-198.

el asentimiento es libre, tampoco puede haber pena para el comprador de votos. En definitiva, la compraventa de votos libremente acordada no recibiría sanción penal, por lo menos en la LOREG.

Empero, que el consiguiente vacío de punibilidad pueda rellenarse acudiendo a un esquema pluriofensivo no parece ni mucho menos obvio³⁹. De hecho, una vez admitida la presencia de la libertad del votante en el espectro de ofensividad de la norma, conciliar la tipicidad con un *libre* asentimiento de éste no resulta fácil y, desde luego, no puede pretenderse consecuencia automática de la yuxtaposición al bien individual de uno supraindividual⁴⁰: la voluntad del elector o es viciada (lo que es incompatible con su aceptación *libre*), o no lo es (en cuyo caso faltaría la afectación al bien jurídico individual), de manera que el supuesto en el que el votante acepta intercambiar su voto con la dádiva sin que se demuestre cierto menoscabo de su libre determinación debería seguir considerándose atípico⁴¹, por muy mal que eso le venga al correcto funcionamiento del sistema electoral⁴².

Así las cosas, por lo menos *de lege lata*, la impunidad del votante «corrupto» sugiere descartar bienes jurídicos supraindividuales⁴³ y, en mi opinión, hace preferible optar para una más sencilla acotación del objeto jurídico que puede identificarse con la libertad del elector a la hora de manifestar su preferencia mediante el voto, bien jurídico de titularidad individual⁴⁴.

³⁹ Véase, por ejemplo, I. COCA VILA, op. cit., p. 31 quien cita la tesis de una parte de la doctrina alemana que sustancialmente condiciona la eficacia del consentimiento a la presencia de una diferencia cualitativa entre el bien jurídico individual y el supraindividual que implicaría que la protección del primero no podría «verse absorbida por el» segundo, tesis que, si no entiendo mal, no convence ni siquiera a Coca Vila.

⁴⁰ Véase también G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 379-380.

⁴¹ Incluso por lo que concierne al autor de la solicitud.

⁴² Salva probablemente la posibilidad de pensar en una tentativa de delito. A este respecto, pueden resultar de ayuda las consideraciones de M^a. J. QUESADA SARMIENTO, «Comentario a la STS 1009/2022, de fecha 11 de enero, de 2023, por la que se resuelve un delito de extorsión en grado de tentativa», en *Diario La Ley*, n. 10244, 2023, *passim*.

⁴³ Véase C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal... Parte general...* cit., p. 272, quien esgrime la relevancia del consentimiento como argumento para excluir la naturaleza pluriofensiva del delito. Véase también I. COCA VILA, op. cit., p. 32 quien se pregunta si «tiene sentido seguir hablando de delitos colectivos o supraindividuales cuyo injusto queda excluido por el consentimiento al menoscabo del interés individual co-protegido».

⁴⁴ Apuesta por un bien jurídico de naturaleza individual también M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 9.

2.6. Aclaraciones sobre la libertad del elector

Como es sabido, la cuestión inherente a la tutela penal de la «libertad» es susceptible de ser ulteriormente matizada⁴⁵, tanto cuantitativa⁴⁶ como cualitativamente⁴⁷.

Por poner un ejemplo relativo a un ámbito cercano al que ahora interesa, la doctrina que se ha enfrentado con la sanción penal del *do ut des* en el marco del Estatuto penal de la Administración pública se ha ocupado del problema de la libertad del ciudadano en su relación con los funcionarios públicos.

En este marco, lo habitual es que, a un lado, se coloquen los delitos de exacciones ilegales (art. 437) y abuso mediante solicitud de prestación sexual (art. 443), en los que se protege la «impenetrabilidad de la esfera de libertad de los ciudadanos frente a las presiones indebidas ejercidas por funcionarios» que afectan a la capacidad de autodeterminación «patrimonial» y «sexual», respectivamente⁴⁸.

⁴⁵ Como se ha dicho, la idea de libertad entendida como libre albedrío es en exceso abstracta, ambiciosa y, por lo tanto, impropia del Derecho penal (véase A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 6, 1981-1982, 103-152, a p. 113).

⁴⁶ A la hora de graduar la afectación a la libertad individual, especialmente en el marco de los delitos contra la libertad sexual, es de sobra conocida la discusión inherente a la intensidad del reproche a las conductas coercitivas según entrañen prevalimiento, intimidación o violencia. Entre muchos, véase M^a. M. GONZÁLEZ TASCÓN, «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, v. 43, 2023, pp. 25-26 y, en particular, la bibliografía referida en la nota 96; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, «¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada”», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 1095-1110, a p. 1104; F. MUÑOZ CONDE, «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso La Manada», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 941-959, a pp. 947-948.

⁴⁷ Sin ánimo de entrar ahora en materia, la doctrina y la jurisprudencia llevan tiempo diferenciando entre el menoscabo de la libertad producto de *vis physica* y de *vis moralis* y entre la libertad inherente a la formación de la voluntad (delito de amenazas) y la libertad inherente a la realización de lo que el sujeto ha (libremente) decidido hacer (coacciones). Véase, entre muchos, M^a. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 171-200, a pp. 172-173. Como se ha observado (si bien en otro contexto), «La voluntad puede ser libre siendo la acción no libre, y la acción puede ser libre siendo no libre la voluntad» (así HARTMANN, *Ethik*, 3^a ed., 1949, pp. 644 y sgts. *apud* A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 57-58).

⁴⁸ F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

Al lado opuesto, se sitúa normalmente el cohecho que se caracterizaría por una relación igualitaria «negocial» o «contractual» entre *in-traneus* y *extraneus* y que precisamente se distinguiría de las exacciones ilegales por la falta (en el cohecho) del miedo a la acción de la Administración pública (*metus publicae potestatis*⁴⁹) y del carácter coercitivo de la conducta típica que, en las exacciones ilegales, convierten al exigido⁵⁰ en sujeto pasivo del delito⁵¹.

En el medio, podría situarse el tráfico de influencias en el que, como se ha dicho, «para ser típicos, los actos de influencia han de poseer capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo»⁵².

Pues bien, en el supuesto que ahora interesa, una vez excluido que se trate de *vis physica*, de coacción de la manifestación de la voluntad libremente formada y de violencia o intimidación (supuestos considerados por las letras b y c del art. 146 LOREG), cabría preguntarse dónde situar el nivel de exigencia que debe mantener el intérprete a la hora de verificar la afectación típica a la libertad del elector.

2.6.1. Libertad como ausencia de condicionamientos (o en sentido débil)

Con arreglo a una primera opción menos exigente, podría ponerse el acento sobre el medio empleado y entenderse que cualquier solicitud de

⁴⁹ I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», en *Revista General de Derecho*, n. 597, 1994, 6517-6542, *passim*.

⁵⁰ Para un entendimiento de la conducta típica en el delito de exacciones ilegales, se remite a A. CASTRO MORENO, *Fraudes contractuales y exacciones ilegales: adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 111 y sgts. quien subraya acertadamente que el verbo exigir «demanda un significado imperioso incompatible con el abono voluntario y espontáneo de cantidades por iniciativa de los particulares» (p. 112). Ciertamente es que el mismo autor (*Ibidem*, p. 118) afirma luego que la diferencia entre la «exigencia» de la exacción ilegal y la «solicitud» del cohecho, estriba en que la primera sería menos clara para el particular: «si la exacción ilegal se solicita de forma directa, en el sentido de abierta, sin tapujos por parte del funcionario público», dice Castro Moreno, «de modo que el ciudadano conoce la ilegalidad de la exacción que le es requerida, entonces la conducta sería más propia del delito de cohecho, en tanto que si la exigencia se realiza de forma encubierta, para que el particular no sea consciente de que está abonando una contribución injusta, en ese caso, estaremos en presencia de un delito de exacciones ilegales». Alude a la naturaleza «intimidatoria» del comportamiento del funcionario público en el delito de exacciones ilegales F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

⁵¹ Véase A. CASTRO MORENO, op. cit., pp. 98 sgts.; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2003, pp. 406-408 si bien la postura del autor incluye algunos matices (relacionados con la ilicitud del objeto de la exacción) que se compadecen ahora mal con el texto (actual) de los artículos 419 y sgts.

⁵² E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *Diario La Ley*, 1998, (consultado en versión electrónica), p. 8.

votos (o inducción a no votar) que se lleve a cabo mediante dádivas o promesas de las mismas, entraña *per se* una perturbación de la libertad de los electores que el legislador penal electoral proscribe, sancionándola.

Se trataría de una interdicción de cualquier *condicionamiento* de votantes⁵³ llevado a cabo por medio de dádivas que no requiere prevalecimiento, intimidación o coerción alguna (o, si se prefiere, se trataría de una afectación en sentido débil a la libertad del votante parecida a la que padece quien recibe el ofrecimiento en el delito cohecho).

Claro que entonces podría discutirse acerca de la comprobación de la idoneidad de la solicitud acompañada por dádivas para efectivamente condicionar esa libertad de decidir a quien votar (*ex ante*, *ex post*...). Si lo que se quiere evitar es que el votante vote de una manera distinta respecto de la que habría resultado de su determinación *libre-de-dádiva*⁵⁴, el hecho de que, aceptando la solicitud, pacte hacerlo a cambio de una dádiva, solo supone un peligro de que el resultado que se pretende evitar, finalmente, se produzca: el votante siempre podría votar de forma distinta a lo pactado.

Entonces, si, como sugieren la doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del art. 146.1 a) LOREG, el delito se consuma con la mera existencia de una solicitud (acompañada por dádivas) sin que ni tan siquiera sea preciso que el elector acceda a la misma⁵⁵, el legislador penal estaría interviniendo para evitar el peligro de que el votante acepte la solicitud, es decir, el peligro de que se ponga en peligro el bien jurídico que se pretende proteger. Y eso parece criticable de cara al respeto del principio de lesividad.

Para minimizar el problema, una vez acercado el delito electoral al cohecho, podríamos traer a colación la idea de «imparcialidad procedimental»⁵⁶, oportunamente adaptada a nuestro contexto: podría decirse que lo que el ordenamiento proscribe es que, en el proceso de toma de decisión de los votantes, se inmiscuyan dádivas o promesas de las mismas. Lo que le preocuparía al legislador, en suma, no sería a quién finalmente se vote (junto con una improbable indagación de a quién se

⁵³ Véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de «influencias ilícitas en el ejercicio del voto».

⁵⁴ En este sentido, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1267 quien habla de alteración del contenido del voto.

⁵⁵ Es más, de acuerdo con la lectura mayoritaria, *de lege lata*, hay delito incluso si el votante solicitado se niega expresamente a pactar (véase, entre muchos, F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 175).

⁵⁶ Sobre la idea de imparcialidad procedimental, permítase la remisión a G. D. M. CERINA, *El bien...* cit., pp. 266 y sgts. y *mutatis mutandis*, P. CARRARO ROSSETTO, «El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones», en J. MUÑOZ SÁNCHEZ *et al.* (DIRS.), *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 441-447, a. p. 446.

hubiera votado sin el soborno), sino preservar el (o la «imparcialidad» del) proceso de decisión que, en una democracia, se *exige* que sigan todos los electores⁵⁷. Y, desde luego, defendiendo que lo que el ordenamiento apunta a tutelar es cierta «ausencia de condicionamientos» en el proceso de determinación del elector, podría mantenerse la lesión del bien jurídico con independencia de que el voto solicitado (y, en su caso, efectivamente emitido) fuera exactamente el mismo que se habría producido sin solicitud (o inducción): el votante que acepta una dádiva a cambio del voto ya no sigue un procedimiento razonablemente imparcial capaz de legitimar al votado, con independencia de quien sea.

Ciertamente, puesto que el bien jurídico así configurado se lesionaría solo una vez que el votante ha aceptado considerar las dádivas como parte de su proceso de toma de decisión, *de lege lata*, el reproche seguiría accionándose en un momento anterior a la lesión del bien jurídico, siendo suficiente que la solicitud parezca idónea para ser aceptada. Pero, por lo menos, se trataría de un peligro de lesión y no de un peligro de un peligro de lesión.

Claro que, así procediendo, la metamorfosis que sufre la libertad (ausencia de coerción de la voluntad) al convertirse en imparcialidad procedimental (ausencia de condicionamientos del proceso de toma de decisión que se sustancien en dádivas) despliega importantes efectos que, una vez más, parecen desentonar con la elección del legislador penal electoral español.

Por un lado, se trataría de un bien jurídico del que ya no puede disponer el votante: una vez excluida toda coerción (es decir, un menoscabo *fuerte* de la libre determinación del elector), en una democracia, el ciudadano *debe* votar *sin aceptar* condicionamientos que se sustancien en dádivas, teniendo que *resistir* frente a solicitudes no intimidatorias. Y eso ciertamente explicaría que, como parecen reconocer la doctrina y la jurisprudencia, la solicitud y la inducción del corruptor de electores siguen siendo típicas incluso cuando el votante accede a las mismas *libremente*.

Pero, *de lege lata*, ¿cómo explicar la no punibilidad del elector que accede gustoso a la propuesta del corruptor-comprador de votos?

Como hemos visto, si se produce, la aceptación de la solicitud implica la lesión del bien jurídico porque la imparcialidad procedimental se lesiona cuando el elector acepta insertar en su proceso de toma de decisión la dádiva, lo que acontece cuando se pacta⁵⁸. La solicitud no aceptada, en cambio, supone tan solo una puesta en peligro, mientras que el rechazo

⁵⁷ De alguna manera, podría leerse en este sentido la referencia la «objetividad» de la STS 120/2021 ya citada, en la que se habla de «preservar la corrección y objetividad de la consulta electoral».

⁵⁸ Es más, siguiendo a la más destacada doctrina, podría incluso decirse que es el votante quien tiene «mayor capacidad funcional para perturbar el bien jurídico» de la que

del votante excluiría que el bien jurídico pueda lesionarse. Entonces, *de lege lata*, aceptar esta reconstrucción del bien jurídico implicaría admitir que el legislador lo protege cuando resulta puesto en peligro por el *extraneus* (solicitud no aceptada) o incluso cuando, *ex post*, el peligro ha dejado de serlo (solicitud rechazada) y a la vez considera impune al *intraneus* que lo lesiona *libremente* (solicitud aceptada), lo que parece difícilmente plausible⁵⁹.

2.6.2. Libertad como ausencia de coerción de la voluntad (o en sentido fuerte)

Otra opción posible sería tomarse más seriamente la referencia a la libertad del elector y desplazar entonces el esfuerzo exegético hacia un entendimiento teleológicamente restrictivo de las conductas típicas. Así las cosas, al igual que en materia de exacciones ilegales, de abuso sexual del funcionario público o incluso de tráfico de influencias, habría que integrar cierta «coerción» del solicitante en la propia solicitud (o inducción): el prevalecimiento pasaría a representar «un componente de desvalor prioritariamente atendido por el legislador sobre el plano de la tipicidad»⁶⁰. Y ciertamente, otorgar un significado, de alguna manera, «intimidatorio» a la solicitud y a la inducción vuelve a situar al votante en el sitio que el legislador parece otorgarle: el de persona ofendida.

Empero, el intérprete volverá a percibir cierta incomodidad toda vez que se acerque al supuesto en el que el elector acepta *libremente* intercambiar su voto por la dádiva. Si lo que aquí se protege es la libertad del votante, cuesta seguir fundamentando la punibilidad del solicitante toda vez que el solicitado accede gustoso a sus tentadoras propuestas: si el elector acepta el trato libremente, no hay delito ni siquiera para quien se lo ha propuesto⁶¹. Y, echando un vistazo al resto de la parte penal de la

tiene el inductor (véase, *mutatis mutandis*, I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., p. 465).

⁵⁹ Entender la libertad de voto como libertad de aceptar sobornos para votar no parece aconsejable. No solo desentona con las elecciones explícitas del derecho comparado (véase *infra* apartado 3.2 y nota 96), sino que también choca frontalmente con toda la jurisprudencia en materia de sanción penal del transfuguismo retribuido en la que se ha venido considerando que el electo que vota a cambio de dádivas comete delito de cohecho propio. De la misma manera, aunque anclada solo a motivos político-criminales, una posible construcción asimétrica del cohecho electoral que limitara la punibilidad a quien soborna y considerara impune al que se deja sobornar desentonaría con la aproximación al cohecho del Código Penal que, como es sabido, reprocha igualmente a corruptor y corrupto. Hay que reconocer que no dejaría de parecer por lo menos singular que cometiera un delito quien intenta comprar el voto y no, en cambio, quien lo vende: si el elector fuera libre de vender su voto, parece tener poco sentido sancionar a quien *intenta* comprárselo.

⁶⁰ F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

⁶¹ Véase F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit., quien, a propósito de los delitos de abusos sexuales de funcionarios públicos y de exacciones ilegales, observa que «si el engaño y la intimidación no son modalidades accesorias, heterogéneas, con respecto a las conductas típicas, sino que representan componentes

LOREG, por lo menos *prima facie*⁶², lo anterior implicaría que, en España, el libre comercio de votos no se sanciona penalmente, lo que, en los tiempos que corren, es difícil de digerir.

De la misma manera, seguiría en pie la cuestión inherente a la intensidad de la «coerción» que ahora se quiere implícita en la solicitud e inducción del artículo 146.1 a). Y habría que tener en cuenta que:

1. la no punibilidad del votante en el delito electoral sugiere que solicitud e inducción se entiendan (en términos de *vis moralis* ejercida sobre su destinatario) como *algo más* que la solicitud que el funcionario público realiza en el delito de cohecho pasivo: en este segundo caso, quien acepta la solicitud es sancionado igual que quien la formula, de lo que se deduce que lo hace con igual libertad⁶³;
2. el art. 146.1 b) castiga con la misma pena del 146.1 a) la presión sobre el elector ejercida «con violencia e intimidación». Con ello, lo que parece decirnos el legislador es que, por un lado, la «solicitud» y la «inducción» por medio de dádivas entrañan un desvalor parecido a la «presión con violencia o intimidación»; por otro, que «solicitar» e «inducir» deberían ser algo distinto a «presionar con violencia o intimidación»⁶⁴.

2.7. Toma de postura

Resumiendo lo dicho hasta ahora, descartadas las referencias a la limpieza y al correcto funcionamiento del proceso electoral, parece pre-

de desvalor prioritariamente atendidos por el legislador sobre el plano de la tipicidad, el consentimiento del particular requerido de pago o solicitado sexualmente no será —obviamente— compatible con la conducta típica». Llega a conclusiones parecidas (poniendo como ejemplo el delito de hurto) C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho... Parte general...* cit., pp. 423-424. *Mutatis mutandis*, véase también N. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, *Suplementos deportivos, dopaje y Salud Pública. Aspectos penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 95 y sgts. Téngase en cuenta además lo decisivo que resulta que el prevalecimiento surta efecto (véase I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., p. 448).

⁶² Pero véase *infra* el apartado 6.

⁶³ Diferencia el cohecho del delito electoral del art. 146.1 a) en términos parecidos L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 764 quien, sin embargo, como veremos, termina sustancialmente avalando una interpretación (jurisprudencial) del delito electoral que, *de facto*, prescinde de la comprobación en la conducta típica de un elemento coercitivo y de un concreto (peligro de) menoscabo de la libertad de autodeterminación.

⁶⁴ Por muy «ensuciadora» que se entienda la presencia de dádivas, que el legislador coloque en un mismo marco penológico «solicitar o inducir por medio de dádiva» y «presionar con violencia e intimidación» no parece fácil de explicar. Y la equiparación es todavía más dudosa si se tiene en cuenta la letra c) del art. 146.1 LOREG que equipara «impedir» con «dificultar» (el voto).

ferible decantarse para una reconstrucción del bien jurídico en clave individual que apunta hacia la libertad del votante. Aun así, parecen posibles dos alternativas.

Con arreglo a una primera opción, podría entenderse que libre es quien no inserta dádivas en su proceso de toma de decisión (sin que haga falta coerción alguna). De acuerdo con otra idea, decide libremente quien lo hace sin que, usando dádivas, le coloquen en una situación de sujeción que merme su capacidad de autodeterminación. Y, puesto que, como hemos visto, *de lege lata*, el legislador ha querido impune al votante que acepta comerciar con su voto, esta última reconstrucción parece deberse preferir.

Amén de ello, lo dispuesto por el art. 146.1 b) y c) sugiere que, en el caso que ahora interesa, la afectación de la libertad del votante debe situarse en un nivel, de alguna manera, intermedio, *entre* la libertad del cohecho y la violencia o intimidación⁶⁵.

Dicho eso, es inútil ocultar las dificultades con las que se sigue encontrando el intérprete. Acotar con precisión la intensidad de la disminución de la libertad relacionada con la solicitud y la inducción por medio de dádivas puede convertirse en la búsqueda de un matiz... «demasiado sutil»⁶⁶. Y, como ya hemos dicho, tampoco resulta fácil encajar lo anterior con el marco penológico del delito electoral, por un lado, y del cohecho, por otro: si se piensa en el supuesto del artículo 146.2, ¿cómo justificar que el legislador haya atribuido una pena inferior al funcionario que (en el delito electoral) solicita coercitivamente, frente al que (en el cohecho) solicita por medios más «suaves»⁶⁷?

⁶⁵ En este sentido, se ha dicho que el delito se coloca a mitad de camino entre las coacciones y la corrupción. Véase, L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., 184; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 752 y, en la jurisprudencia, la STS 120/2021 ya citada. Para una posible explicación en términos de graduación de la culpabilidad como disminución del reproche, quizás podría resultar sugerente trasladar aquí las consideraciones (en materia de estado de necesidad exculpante) que, en la doctrina alemana, se han realizado a propósito de los problemas (relacionados con la exigibilidad) inherentes a la «situación motivacional» del sujeto (véase A. KAUFMANN, op. cit., pp. 166 y sgts. y, en particular, pp. 173 y sgts.).

⁶⁶ A. CASTRO MORENO, op. cit., p. 156.

⁶⁷ Se parafrasea a A. CASTRO MORENO, op. cit., p. 156 quien esgrime el mismo argumento frente a quienes cifran en términos parecidos la diferencia entre cohecho y exacciones ilegales. *Mutatus mutandis*, véase también B. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, op. cit., p. 178; I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., pp. 463-464 quien utiliza este argumento para defender el concurso ideal entre cohecho y amenazas.

3. Sujeto activo y pasivo

Toda vicisitud corruptiva suele apoyarse en un esquema que puede reconstruirse de la siguiente manera: un sujeto (*intraneus*) cualificado (típicamente por su relación con la Administración o con una entidad privada) pacta con otro (*extraneus* a la relación) un precio a cambio de un acto que puede realizar en tanto en cuanto posee esa cualificación⁶⁸. En la corrupción electoral, lo que cualifica al vendedor de votos (*intraneus*) es su papel protagónico en el momento estelar de la democracia (las elecciones) y lo que se pacta a cambio de dádivas es justamente el voto.

Así las cosas, como acontece en los demás supuestos de corrupción, en el delito electoral tipificado por el artículo 146.1 a), es preciso que estén implicados dos sujetos: el que compra el voto (que puede ser cualquiera) y el que lo vende que, evidentemente, debe ser un votante (que tenga derecho al voto⁶⁹).

3.1. El elector como persona ofendida

Como ya hemos visto, el silencio del legislador penal electoral acerca de la punibilidad del votante aconseja optar por una reconstrucción del bien jurídico que pivote sobre una consideración exigente de la afectación de la libertad personal de este último.

Así las cosas, deberá también retenerse que, mientras que, en la corrupción «común», tanto quien propone el pacto como quien accede al mismo «participan» en la afectación típica del objeto jurídico del delito (el vendedor del acto y su comprador son sujetos activos del delito), aquí el votante no solo es el sujeto sobre el que recae la acción típica del soli-

⁶⁸ En la corrupción pública (artículos 419 y sgts. CP), lo relevante es el ejercicio de una función pública y el hecho de que el acto «comprado» guarde relación con la misma; en la corrupción privada (artículo 286-bis CP), el *intraneus* ha de tener cierta relación con una entidad del sector privado y el acto comprado con la actividad de la misma.

⁶⁹ La STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685), FJ III, considera penalmente relevante una solicitud dirigida a alguien que, en el momento en el que la recibe, no tiene la edad necesaria para emitir el voto, pero que sí la tendrá antes de que tenga lugar la votación en cuyo marco se ha solicitado su voto.

citante/inductor, sino que también es el sujeto pasivo del delito⁷⁰, titular del bien jurídico⁷¹.

Este esquema político-criminal acerca el intérprete a un debate bien conocido por la doctrina italiana que se las ha tenido que ver con el artículo 317 CPI que tipifica la concusión⁷² (y, más recientemente, también con el artículo 319-*quater* del mismo texto legal que se ocupa de la inducción indebida a dar o prometer⁷³).

⁷⁰ La posibilidad de sancionar como partícipe al votante que acepta la solicitud o que se deja inducir es normalmente excluida por la doctrina (aunque véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268 a quien esta solución le parece «discutible»). Como hemos visto, la sanción del votante solo sería compatible con una reconstrucción del bien jurídico que no pivotara ya sobre la libertad del elector (en sentido fuerte), sino que se construyera en clave supraindividual o, recuperando el planteamiento arriba esbozado, aludiendo a algo parecido a la imparcialidad del procedimiento de decisión. Empero, así procediendo, la conducta del *intraneus* no sería accesoria a la afectación del bien jurídico protegido por parte del *extraneus*, sino que se convertiría en *conditio sine qua non* para la lesión del mismo (y obsérvese que la conclusión no variaría si se siguiera hablando de «pureza» o «correcto funcionamiento» del proceso electoral). Con independencia de que se acepte hablar entonces de ilícito necesariamente plurisubjetivo y/o pluripersonal, llamaría poderosamente la atención que el legislador se hubiera ocupado expresamente de la conducta del *extraneus* que pone en peligro (abstracto) el bien jurídico y, en cambio, hubiera guardado silencio acerca de la del *intraneus* que, cuando se encuentra con la del solicitante/inductor, determina la lesión del mismo bien jurídico. Así las cosas, teniendo presente la postura que el legislador mantiene en el delito de cohecho, para excluir la punibilidad del votante que acuerda vender su voto, basta, en mi opinión, recurrir al brocardo de acuerdo con el cual *ubi lex dicit, voluit, ubi non dicit, noluit*. Más que al complejo debate inherente a la posibilidad de configurar el delito de cohecho como pluripersonal o plurisubjetivo, sea suficiente remitir aquí a las consideraciones de E. GIMBERNAT ODREIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, 1966, pp. 294 y sgts.

⁷¹ Véase L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20 [1977 del 18 de marzo sobre normas electorales]*, Granada, Colección de estudios penales, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, 1977, pp. 64-65. En la jurisprudencia, aparte de la ya mencionada SAP Cáceres 122/2017, véase también SAP Almería, 32/2005, de 1 de febrero (ARP/2005/747), FJ I.

⁷² «El público oficial o el encargado de un público servicio que, abusando de su calidad o de sus poderes, constriñe a alguien para que de o prometa indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, es penado con la reclusión desde 6 a 12 años». Sobre el origen y los distintos modelos conforme a los cuales se ha incluido la idea romana de concusión en el Derecho penal comparado, véase, entre muchos, M. ALONSO ÁLAMO, «Problemas políticolegislativos del delito de concusión», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, 7-21, *passim*.

⁷³ (1) «Salvo que el hecho constituya un delito más grave, el público oficial o el encargado de un público servicio que, abusando de su calidad o de sus poderes, induce a alguien para que de o prometa indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad es penado con la reclusión de 6 a 10 años y 6 meses. (2) En los casos previstos por el primer apartado, quien da o promete dinero u otra utilidad es penado con la reclusión de hasta tres años o con la reclusión de hasta 4 años cuando el hecho ofenda a los intereses financieros de la Unión europea y el daño o el provecho sean superiores a 100.000 €».

3.2. Breve excursus sobre la *concussione* e l'*induzione indebita a dare o promettere* en el Código Penal italiano

Uno de los rasgos específicos de la aproximación político-criminal del legislador italiano a la corrupción es ciertamente la presencia, al lado del delito de *corruzione* (que, *mutatis mutandis*, traduce el cohecho), de la *concussione*. El deslinde entre los dos delitos ha ocupado a la doctrina⁷⁴ y a la jurisprudencia⁷⁵ italianas durante muchísimo tiempo, generando un debate demasiado amplio y denso como para que ahora podamos pretender reproducirlo, por lo que conviene que nos conformemos con algunas anotaciones genéricas, seleccionadas con un ojo al tema que ahora nos atañe.

La idea de fondo es que la corrupción exige una especie de relación contractual entre dos partes que, en igualdad de fuerzas⁷⁶, pactan *libremente* el soborno y resultan, por lo tanto, igualmente merecedoras de sanción por comprar/vender un acto público⁷⁷. Cuando, en cambio, esta paridad de fuerzas no existe y el *extraneus* accede al *pactum sceleris* en virtud de un proceso de formación de la voluntad en todo o en parte viciado, ni puede hablarse de corrupción ni debe el sistema penal responder de la misma forma: en la medida en que disminuye la libertad con la que el *extraneus* pacta, hay que atenuar su reproche (hasta eliminarlo); en tanto en cuanto dicha disminución pueda relacionarse con

⁷⁴ Entre muchos, véase E. DOLCINI, «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2013, pp. 162 y sgts.; R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 66 y sgts.; A. FIORELLA Y S. MASSI, *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*; A. SPENA, «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA Y G. DE SIMONE (A CURA DI) *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 205-226, a pp. 217 y sgts.; F. PALAZZO, «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 227-231, a p. 229.

⁷⁵ Son muchísimas las sentencias a las que se podría remitir: debido a su relevancia, valga ahora la referencia a *Cassazione Penale, Sezioni Unite*, n. 12228, de 24 de octubre de 2013 (Maldera). La sentencia ha sido ampliamente comentada: entre muchos, véase G. L. GATTA, «Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito», en *Diritto penale contemporaneo* (17 de marzo de 2014), accesible, en este momento, en <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e>.

⁷⁶ Entre muchos, véase M. PELLISSERO, «Concussione e induzione indebita a dare o promettere» y «I delitti di corruzione», en C. F. GROSSO, T. PADOVANI Y A. PAGLIARO (DIRS.), *Trattato di diritto Penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 173-344, a p. 279, con amplias referencias jurisprudenciales.

⁷⁷ Véase, de forma especialmente elocuente, I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», cit., p. 6519.

una diversa aproximación del *intraneus*, la sanción para este último va intensificándose⁷⁸.

Viendo las cosas un poco más de cerca, con el Código Penal italiano en la mano⁷⁹, la situación es la siguiente:

1. cuando el sujeto público, abusando de sus cualidades o de sus poderes, *constríne* a alguien a dar o prometer indebidamente dinero u otra utilidad (artículo 317 CP), se trata de *concussione*: la pena para el funcionario público *concussore*⁸⁰ es más alta de la que le corresponde al funcionario corruptor; el *extraneus*, víctima, no recibe reproche alguno;
2. si el funcionario público, abusando de sus cualidades o de sus poderes, *induce* a alguien a dar o prometer dinero u otra utilidad (artículo 319-*quater*), es castigado menos que quien *constríne* pero más que quien corrompe⁸¹. El *extraneus* que, en lugar que resistirse, accede y se deja inducir, recibe un reproche⁸² que, sin embargo, es leve si comparado con el que le correspondería si, como autor de corrupción, aceptara una solicitud;
3. si el pacto se produce tras una *solicitud*⁸³ del funcionario público (sin que la norma requiera abuso de funciones o poderes), el *extraneus* que accede recibe la misma sanción que el *intraneus*⁸⁴, siendo ambos autores de corrupción.

Resumiendo: cuando el *intraneus solicita*, el particular accede libremente; cuando, abusando de sus funciones, *induce*, se entiende en parte mermada la libertad con la que el *extraneus* «pacta» (*tamen coactus, voluit*); cuando, finalmente, (siempre abusando de sus funciones o poderes), el funcionario público *constríne*, el menoscabo de la libertad es tan

⁷⁸ Aunque parte de la doctrina haya insistido en que, más que la conducta del *intraneus*, lo determinante es el efecto que la misma produce sobre el *extraneus* (A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., pp. 47 y sgts.).

⁷⁹ Sobre todo a resultas de la reforma del año 2012. Véase, entre muchos, V. PLANTAMURA, «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale del Diritto penale dell'economia*, 2012, 189-221, a p. 215; L. PICOTTI, «L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciências criminaís*, 2017, 137-158, a pp. 148-149; F. INFANTINI, *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, Pisa, IUS Pisa University Press, 2018, pp. 75 y sgts.

⁸⁰ De 6 a 12 años de prisión.

⁸¹ Pena de prisión de 6 a 10 años y 6 meses.

⁸² Pena de prisión de hasta 3 años (que suben a 4 si el hecho ofende a los intereses financieros de la UE y el daño o el provecho supera los 100.000 euros).

⁸³ A tenor de una lectura combinada del artículo 322 y los 318-321 del Código Penal italiano.

⁸⁴ Desde los 3 años previstos como mínimo para el cohecho impropio y de facilitación (artículo 318 CP) hasta los 10 años (máximo de la pena prevista para la corrupción propia) o incluso a los 12 años en el caso de corrupción *in atti giudiziari* (artículo 319-ter).

relevante que desaparece el merecimiento de sanción para quien da o promete el dinero o la utilidad (*voluit quia coactus*).

Dicho eso, distinguir con seguridad solicitud, inducción y constreñimiento es lo verdaderamente difícil. Aun admitiendo que el debate no está resuelto definitivamente⁸⁵, siempre simplificando mucho, podríamos decir que, a partir del diferente tratamiento penológico que el legislador otorga al solicitado, inducido y constreñido, se han ido individualizando factores cuya presencia se considera *sintomática*⁸⁶ de una diversa afectación a la libertad del *extraneus*, como, por ejemplo:

1. la iniciativa: este criterio fue el más aplicado tras la entrada en vigor del Código Penal italiano de 1930⁸⁷. La idea era que, cuando un funcionario público aborda a un particular, provoca casi de manera automática cierto miedo (*metus publicae potestatis*) en el receptor de la propuesta, lo que explica el diferente tratamiento de ambos. Con el paso del tiempo, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, el legislador reconoció que el hecho de que la iniciativa la tome el particular no excluye que lo haga por miedo y, por lo tanto, que se trate de concusión; viceversa, también puede haber corrupción cuando la iniciativa parte del funcionario público⁸⁸. Hoy en día, la presunción se ha convertido en síntoma: el hecho de que el primer contacto entre ambos sujetos se produzca a iniciativa del *extraneus* resulta *sintomático* de cierta libertad con la que el mismo ha tomado la decisión⁸⁹;
2. el miedo (*metus*) que pueda haber guiado el *extraneus*⁹⁰, así como las amenazas realizadas por el funcionario público. Sin ánimo

⁸⁵ A. MANNA, «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en A. CADOPPI *et al.* (DIRS.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, UTET giuridica, 2015, 167-184, a pp. 172 y sgts.

⁸⁶ Obsérvese que ninguno de los criterios parece resolutivo de por sí. Véase, entre muchos, M. PELLISSERO, *op. cit.*, pp. 274 y sgts. y 280 quien habla expresamente de «índices sintomáticos».

⁸⁷ Ciertamente relevante parecía el hecho de que el art. 322 CP solo consideraba punible como «*istigazione alla corruzione*» la conducta del *extraneus*.

⁸⁸ De acuerdo con la modificación del art. 322 del año 1990, comete instigación a la corrupción también el funcionario público que «solicita» de tal manera que el particular que atiende a la solicitud comete delito de corrupción.

⁸⁹ En la doctrina española, véase I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», *cit.*, pp. 6523 y 6528 y sgts. Recorre los principales criterios utilizados por la doctrina italiana antes del año 2012 también I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», *cit.*, pp. 445 y sgts.

⁹⁰ Véase, en la doctrina española, I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», *cit.*, pp. 6529 y sgts. Sobre la viabilidad de este criterio para la *actio finium regundorum* entre cohecho y exacciones ilegales, véase, en sentido crítico, F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-16 2018, pp. 5 y sgts. Reténgase simplemente que la crítica del autor (que sustancialmente pivota sobre la inseguridad del criterio) puede compartirse (se trata, evidentemente, de un criterio que alude a un estado psicológico) y de hecho es normalmente compartida por un amplio sector de la doctrina italiana. Lo

de profundizar en la cuestión, obsérvese que el legislador italiano no habla de «abuso» del *intraneus*, lo que ha alargado el ámbito de aplicación de la concusión más allá de la amenaza o intimidación explícita y de la violencia. Es más, el *metus* de la víctima de concusión no siempre ha sido solo el causado por la conducta del *intraneus*, sino que, de acuerdo con algunos planteamientos (que tuvieron cierto predicamento jurisprudencial), para que hubiera concusión (y no corrupción), era suficiente el temor fruto del... «ambiente» que se respiraba;

3. si, con el pacto, el *extraneus* persigue un lucro (*certat de lucro captando*), es razonable pensar que haya buscado o que haya accedido libremente al acuerdo⁹¹; en cambio, el hecho de que dé dinero u otra utilidad para evitar un daño (*certat de damno vitando*) arroja dudas sobre la libertad de su determinación. Naturalmente, la «injusticia» del lucro y del daño debe tenerse en cuenta⁹².

En resumidas cuentas, teniendo en la mente la afectación a la libertad de autodeterminación del destinatario, el legislador italiano ha querido marcar una diferencia entre inducción, solicitud y constricción situando a la primera en el medio de las otras dos. Según ha afirmado la *Corte di Cassazione*,

«el concepto de “inducción” presupone un *quid pluris* respecto de la “solicitud” que se halla en «el carácter perentorio y *ultimativo* de la petición, en su naturaleza reiterada e insistente». Cuando se induce, «se ejerce

anterior, sin embargo, no implica que este criterio diferenciador deba descartarse una vez que el mismo se degrada a «índice sintomático» y se utiliza junto con otros.

⁹¹ Parte de la doctrina ha señalado que este criterio sería idóneo para distinguir la concusión de la inducción indebida a dar o prometer. En ambos casos, se dice, el *extraneus* accedería a la solicitud en el marco de una situación en la que su voluntad se halla condicionada. Empero, una cosa es que, condicionado, acceda (también) para evitar un perjuicio injusto (concusión); otra distinta es que lo haga movido (también) por la finalidad de asegurarse un beneficio indebido (en estos términos, A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., p. 53).

⁹² Véase, por ejemplo, *Cassazione Penale*, Sez. VI, de 2 de marzo de 2016, n. 9429 que califica como concusión un supuesto en el que se amenaza un daño *contra ius*, lo que supone «una grave limitación de la libertad de determinación del destinatario que, sin ventaja indebida alguna, se pone frente a la alternativa de sufrir un daño o evitarlo» pagando el «soborno». En esta óptica, la inducción indebida parece poderse configurar cuando la inducción (entendida como «persuasión, sugestión, engaño, presión moral») es compatible con la obtención por parte del pagador de una ventaja personal. Véase G. L. GATTA, op. cit. En la doctrina española, parece preferir este criterio para diferenciar el cohecho del las coacciones F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Concusión...», cit., p. 15. Me limito a señalar que, *de iure condito*, la utilización de este único criterio (como parece plantear el último autor citado) entraña por lo menos dos problemas: el primero es que se corre el riesgo de corregir en vía interpretativa la decisión del legislador de tipificar como delito el cohecho impropio; la segunda es que puede terminar haciéndose depender la sanción del *intraneus* de los intereses del *extraneus*. Véase también I. VALEJE ÁLVAREZ, «Aspectos...», cit., pp. 6531 y sgts. y 6539.

sobre el *extraneus* una presión superior respecto de la que es consecuencia de una mera solicitud» que, en cambio, se aprecia cuando el «público agente propone al particular un simple intercambio de favores, sin recurrir a ningún tipo de prevaricación de tal forma que la relación entre los dos sujetos se coloca en una dimensión paritaria». De la misma manera, inducir es menos que «constreñir», ya que la inducción es una «alteración del proceso volitivo ajeno, que, aun condicionado por una relación comunicativa no paritaria, conserva, respecto de la constricción, más amplios márgenes de decisión, cuya activación el ordenamiento impone para resistir a las indebidas presiones del público oficial y para no concurrir con él en la consiguiente lesión de intereses de la Administración pública»⁹³.

Mutatis mutandis, esta diferenciación se mantiene también en los delitos electorales, que, al igual que en España, se tipifican fuera del Código Penal. Los artículos 86 del *Decreto del Presidente della Repubblica* (en adelante, D.P.R.) de 16 de mayo de 1960, n. 570 (que se aplica a las elecciones *amministrative*) y 96 del D.P.R. de 6 de marzo de 1957, n. 361 (aplicable a las elecciones *politiche*), recogen delitos de corrupción electoral⁹⁴. Los artículos 87 y 97 de los textos legales citados, en cambio, tipifican supuestos que «pueden considerarse formas de extorsión electoral»⁹⁵. Y, si el primer par de normas describe las conductas típicas empleando los mismos verbos que figuran en los artículos 318 y sgts. CPI, los artículos 87 y 97 citados tipifican el hecho de quien «utiliza violencia o amenaza (...) para constreñir» pero también las conductas que consisten en utilizar «noticias (...) falsas» o «cualquier otro medio ilícito, apto para *diminuir la libertad de los electores*» (cursiva mía), ejercitando «presiones para constreñirles...».

Más que la cuestión técnica, lo que me parece destacable es la reproducción en la legislación especial del mismo esquema político-criminal del Código Penal: la atenuación de la libertad del corrupto a la hora de acceder al *pactum* hace disminuir (en este caso, desaparecer) su merecimiento de reproche a la vez que incrementa la intensidad de la sanción para el corruptor que, se entiende, contribuye a dicha disminución⁹⁶.

⁹³ Sentencia Maldera ya citada. El punto es señalado por G. L. GATTA, op. cit.

⁹⁴ Véase P. BRUNI, *L'inquinamento elettorale. Il mercimonio del voto con riferimento ai reati contro la Pubblica amministrazione e alle collusioni politico-mafiose. Aspetti penalistici*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 6 y sgts.

⁹⁵ P. BRUNI, op. cit., pp. 49 y sgts.

⁹⁶ Véase también la elección político-criminal del legislador portugués. En el Código Penal del país luso, la sección III (*Dos crimes eleitorais*) del capítulo I (*Dos crimes contra a segurança do Estado*) del título V (*Dos crimes contra o Estado*), incluye un art. 340 que tipifica la «*Coacção de eleitor*» (que comete quien «por medio de violencia, amenaza de violencia o de grave mal, constriñe el elector a votar, o impide votar u fuerza a votar en un cierto sentido» y que recibe una pena de prisión de hasta 5 años) y un art. 341 rubricado «*Fraude y corrupção de eleitor*» que, en su letra b), sanciona con una pena de hasta 1 año de prisión a quien «compra o vende voto». Véase A. MEDINA DE SEIÇA, «Artigo 341», en J. DE FIGEIREDO DIAS (DIR.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra, Coimbra editores, 2001, 308-314, a pp. 310 y sgts. Por lo que respecta a la

3.2.1. ¿La iniciativa como intimidación *iuris et de iure*?

En la tradición española, el delito de cohecho pasivo no siempre se ha sancionado de la misma manera que el activo: sin ir más lejos⁹⁷, en el Código Penal de 1995, el art. 423.2 castigaba los que «atendieran las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos» con una pena inferior en grado a la prevista para los *intranei* que tomaban la iniciativa. Parte de la doctrina no dudaba entonces en calificar al *extraneus* como «víctima»⁹⁸ de concusión que no podía alegar estado de necesidad ni miedo insuperable⁹⁹.

Incluso en el Código Penal vigente, sigue habiendo rastros de esa idea: a tenor de lo dispuesto por el art. 426, la (auto)denuncia del autor de cohecho exime de pena si quien denuncia es el «particular» que ha *accedido* a la solicitud pero nunca si el denunciante es quien ha tomado la iniciativa.

Y entonces, casi parecería tener sentido la postura del legislador penal electoral que, en el art. 146, tan solo sanciona al solicitante que toma la iniciativa pero nunca al solicitado. Casi como si la vetusta disciplina

legislación especial, el art. 152 de la LEAR (*Lei eleitoral da Assembleia da República* n. 14/79, de 16 de mayo) tipifica el delito de *Coacção e artifício fraudulento sobre o eleitor ou o candidato* en el que asume relevancia penal no solo la violencia o amenaza, sino también la utilización de engaños, artificios fraudulentos, noticias falsas o «cualquier otro medio ilícito para constreñir o inducir a votar una determinada lista o abstenerse de votar» y que no contempla sanción alguna para el inducido. El art. 155 del mismo texto legal tipifica el delito de *Corrupção eleitoral* que sanciona el hecho de quien «para persuadir alguien a votar o dejar de votar (...), ofrece, promete o concede empleo público u otra cosa o ventaja...» y sanciona de igual manera a corruptor y al «elector que acepta cualquiera de los beneficios». En la *Lei eleitoral dos órgãos das autarquias locais* (LO n. 1/2001, de 14 de agosto) también se distingue entre *Coacção* (arts. 185 y 186) y *corrupção* del elector aunque, en este ámbito, el fraude (empleo de «artificio fraudulento») se tipifica al lado de la corrupción (lo que, naturalmente, implica que la misma sanción prevista para el que engaña, también se aplica al engañado).

⁹⁷ Aunque se podría: en su artículo 473, el Código Penal de 1928 disponía que «cuando la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público al cual se haya dirigido o hayan de dirigirse, será penado como autor de cohecho solamente el funcionario y, en su caso, el tercero de que se valiere; pero nunca las personas a quienes la proposición fuera dirigida, aunque ésta haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte».

⁹⁸ Así F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 995. Nótese que, incluso en la jurisprudencia, es posible hallar resoluciones en las que, en el delito de cohecho, los *extranei* que corresponden un soborno se llaman «víctimas» (véase STS 782/2005, de 10 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3745). En sentido contrario, sin embargo, N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 12, nota 36.

⁹⁹ Véase I. OLAIZOLA NOGALES, «Los delitos contra la Administración pública», en S. MIR PUIG Y M. CORCOY BIDASOLO (DIRS.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Madrid, Reus, 2006, 361-403, a pp. 374-375. Véase también C. MIR PUIG, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Madrid, Bosch, 2000, p. 231 quien asocia la disminución de la sanción al «temor» (cursiva del autor) del «particular que acede a la solicitud de los funcionarios».

penal electoral siguiera recogiendo el planteamiento de acuerdo con el cual la iniciativa encierra *siempre* cierto efecto intimidatorio en su destinatario y, viceversa, elimina toda sospecha acerca de un posible vicio de la voluntad de quien la asume.

Empero, aparte de lo discutible que resulta tanto el planteamiento general¹⁰⁰ como su *praesumptio iuris et de iure*, debería tenerse presente que, en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, el miedo se ha asociado con la iniciativa solo si la misma parte del funcionario-portador del «poder» de la Administración (de ahí que se haya hablado de *metus publicae potestatis*)¹⁰¹. Y este último elemento ahora falta: en el delito electoral del artículo 146.1 LOREG, quien solicita no precisa ser un funcionario público.

3.2.2. Simplificación vs. proporcionalidad

A mi modo de ver, la anterior digresión pone en evidencia el principal problema con el que ahora nos encontramos: la LOREG castiga con la misma pena a quien «solicita», a quien «induce», a quien, con violencia o intimidación, «presiona» (art. 146.1. b), a quien «impide» (que además se equipara a quien «dificulta») y considera siempre impune al elector solicitado, inducido, presionado...¹⁰².

Para explicar semejante equiparación, se ha dicho que «el legislador» habría «querido aunar de esta manera, superando el extraordinario casuismo de las anteriores leyes electorales, todos los supuestos que consis-

¹⁰⁰ ¿Acaso no se puede proponer (tomando la iniciativa) por temor?

¹⁰¹ De hecho, a tenor de lo dispuesto por el artículo 426 CP, la denuncia (y la colaboración) no exime de pena al funcionario público ni siquiera cuando ha accedido ocasionalmente al ofrecimiento del particular.

¹⁰² Nótese que la Ley de Delitos Electorales de 22 de junio de 1864 diferenciaba la pena (mayor) para quien «con dicterios, amenazas, concerradas o cualquier otro género de demostración intenten coartar la libertad de los electores» (art. 12.1) de la (menor) que se imponía a quienes «indujeren con dádivas a los electores a votar en favor suyo o de otro» (art. 13). Obsérvese además que, en este segundo caso, se sancionaba con la misma pena también al elector. De la misma manera, la Ley Electoral de 23 de junio de 1870 diferenciaba la «amenaza o coacción directa» (arts. 168 y 169 y caracterizada por el hecho de «obligar» o usar violencia) de la «amenaza o coacción indirecta» (arts. 170 y 171, apartados, 1, 2, 6 que parecen supuestos de soborno). La Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878, la Ley de Elecciones de Diputados a Cortes de 26 de junio de 1890 así como la Ley de Elecciones para Diputados a Cortes y Concejales de 8 de agosto de 1907, en cambio, precisaban que las coacciones electorales podían cometerse «aunque no conste ni aparezca la intención de ejercer presión sobre los electores». Sobre la postura del legislador español en el marco comparado, puede remitirse a J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218, nota 3. Para un breve resumen de la evolución de la postura del legislador, *Ibidem*, pp. 1219-1222 y también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 62.

ten en el ejercicio de una *presión ilegítima* sobre los electores atentatoria de su libertad individual»¹⁰³.

Empero, aquí como en otras partes¹⁰⁴, la sensación es que la «simplificación» de la disciplina penal se hace a costa del principio de proporcionalidad que demandaría graduar las penas teniendo en cuenta si quien accede a una proposición lo hace más o menos libremente y si, quien la formula, lo hace afectando a la libre determinación de su destinatario.

4. La conducta típica

El artículo 146.1 a) de la LOREG considera penalmente relevante el hecho de «quienes por medio de recompensa, dádiva, remuneraciones o promesas de las mismas,

1. soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector o
2. le induzcan a la abstención»

4.1. *Lectura mayoritaria*

La cuestión inherente a la intensidad intimidatoria de «solicitud» e «inducción» en el delito electoral no parece haber suscitado mucha atención ni en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas. En la práctica, ello implica que no se produce indagación alguna acerca del menoscabo de la libertad del votante: si hay solicitud de voto acompañada por dádiva... hay delito. Y el hecho de que, a diferencia del cohecho, el legislador hable aquí de «inducción» no parece considerarse relevante: todo se resuelve en una «solicitud»¹⁰⁵ y solicitar es algo que no requiere intimidación.

¹⁰³ J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1218 (cursiva mía). Acerca del «excesivo y prolijo casuismo que se» sigue manifestando «a lo largo de todo el articulado» de la parte penal de la LOREG, véase, sin embargo, M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 24.

¹⁰⁴ Sin alejarnos demasiado del tema objeto de estudio, otro ejemplo clamoroso es representado por el artículo 421 CP que, en materia de cohecho, equipara *quoad poenam* el cohecho subsiguiente al antecedente.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1222 quien sólo menciona la solicitud. En la STS 120/2021 ya citada puede leerse que «el delito se consuma con la simple solicitud del voto a algún elector o con la mera inducción a que se abstenga, en ambas hipótesis a través de uno como mínimo, de los medios comisivos anteriormente indicados, por lo que es formalmente indiferente la consecución o no del fin perseguido ya sea el logro del voto o la abstención». Empero, a la hora de explicar la afirmación realizada, añaden los magistrados (citando literalmente a la STS 731/2012, ya citada) que «el delito imputado se consuma por el mero hecho de la *solicitud*. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho» (cursiva mía). Nótese que, en la parte explicativa, la referencia a la inducción ha desaparecido.

4.1.1. La solicitud: consideraciones sistemáticas

Por lo que respecta a la «solicitud», la interpretación apuntada parece encontrar confirmación en el uso «habitual» que hace del término el legislador penal.

Y, en efecto, en el Código Penal, teniendo como objeto «dádivas», la acción típica se describe utilizando el verbo «solicitar»: en los artículos 419 sgts.¹⁰⁶, 471-bis.⁷¹⁰⁷ y 286-bis para describir la conducta de cohecho pasivo¹⁰⁸; en el artículo 430 (tráfico de influencias) y en el artículo 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas¹⁰⁹). En todos estos casos¹¹⁰, la interpretación mayoritaria no sugiere la caracterización de la «solicitud» con ningún tipo de especial «contundencia». Al contrario, para considerar realizada la conducta típica de solicitar, es suficiente «pedir» e incluso insinuar¹¹¹.

¹⁰⁶ Sobre el significado que doctrina y jurisprudencia atribuyen a la solicitud en el delito de cohecho, véase C. GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 131 y sgts.

¹⁰⁷ Aunque aquí el objeto de la solicitud (o de la aceptación) es literalmente «un soborno».

¹⁰⁸ *Mutatis mutandis*, también puede remitirse al art. 286-ter que describe la conducta típica de cohecho activo incluyendo la modalidad en la que el *extraneus* atiende a las «solicitudes» del *intraneus*.

¹⁰⁹ Sea suficiente la remisión a C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 440.

¹¹⁰ Lo mismo cabe decir del artículo 579.2 CP en el que la lectura mayoritaria equipara «solicitar» a «proponer». Reténgase que, en ese caso, la doctrina ha subrayado los reparos que suscita «la equiparación penológica» de la solicitud del art. 579.2 con la provocación del art. 579.1 CP. (véase M^a. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra el orden público», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 807-862, a p. 860). Sobre la solicitud del art. 579.2, véase también J. A. COLMENERO GUERRA, «La protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales vinculadas al “discurso terrorista”», en A. GALÁN MUÑOZ Y M^a. C. GÓMEZ RIVERO (DIRS.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, 627-720, a p. 654 quien, sin embargo, considera que solicitar «es un acto de inducción individual o personal». Significativas pueden resultar también las contribuciones de E. NÚÑEZ CASTAÑO, «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista», en *Revista penal*, n. 49, 2022, 77-100, a pp. 92-93 y de A. GALÁN MUÑOZ, «Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (DIR.), *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 351-388, a pp. 366-367. Ambos autores coinciden a la hora de señalar que la solicitud del art. 579.2 no es sino una inducción intentada. La diferencia es que, mientras, según Galán Muñoz, su tipificación expresa era necesaria, para Núñez Castaño, la misma no lo era en virtud de la distinta inteligencia que la autora mantiene respecto del alcance del art. 17.2 CP.

¹¹¹ Véase STS 507/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191), en la que se lee que «solicitar es pedir; supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona, por la que, en este caso, el funcionario o autoridad pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en el ejercicio de su cargo. La petición puede ser de manera expresa o tácita, oral o escrita, por sí o por persona interpuesta, y por el propio significado

Pero *ictu oculi*, en el delito electoral, la dádiva no es el objeto de la solicitud sino algo que la acompaña; lo que se solicita es, en realidad, un comportamiento del solicitado (votar o abstenerse de votar) distinto a «dar». Entonces, si redirigimos la búsqueda hacia supuestos en los que el Código Penal describe la acción típica con el verbo solicitar pero cuyo objeto no es una «dádiva», nos encontraremos con solicitudes (de comportamientos sexuales) cuya tipicidad ha sido, con carácter general, condicionada a cierta conculcación del «proceso de formación de la voluntad de las personas [destinatarias de la solicitud] para producirse en la esfera sexual de manera espontánea»¹¹², lo que parece sugerir que la solicitud *implica* intimidación. Eso acontecería en los artículos 443 CP (en el que el funcionario público solicita «sexualmente»)¹¹³ y, *mutatis mutandis*, 184.1 y 188.4 (en los que lo que se solicita son «favores de naturaleza sexual» y «una relación sexual», respectivamente).

Ciertamente, *de lege ferenda*, si, en el delito electoral que ahora estudiamos, el bien jurídico que el legislador pretende proteger es la libre determinación del votante, la solicitud debería haberse, como mínimo, acompañado por adverbios o notas de contexto que sugieran un menoscabo de la libertad de su destinatario¹¹⁴. Y, si añadimos que aquí el supuesto se acerca al cohecho activo (que no pasivo), lo suyo sería sustituir el verbo por otro más ... contundente y desde luego distinto al que se utiliza en el cohecho para describir la conducta del *intraneus*¹¹⁵.

del verbo no se requiere un real acuerdo entre el funcionario o autoridad y el tercero, solo la manifestación externa de la voluntad por parte del sujeto».

¹¹² E. ORTS BERENGUER, «Lección XXXVIII. Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (DIR.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 719-740, a p. 739.

¹¹³ Véase F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento...», cit., que entiende que, en el delito *de quo*, la solicitud incluye necesariamente cierta «intimidación», lo que la hace incompatible con el consentimiento del solicitado.

¹¹⁴ Obsérvese que, en los supuestos de solicitud relacionada con el sexo, el carácter intimidatorio no parece hallarse *solo* en la «solicitud», sino que el legislador ha añadido adjetivos o notas de contexto que sugieren (cuando no describen expresamente) un menoscabo de la libertad del solicitado o un vicio en su manifestación: en el caso del artículo 188.4, el vicio del consentimiento es sugerido por las características del destinatario de la solicitud; en el delito tipificado en el art. 184 CP, la solicitud es típica tan solo si provoca «a la víctima una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante»; por último, en el supuesto descrito por el artículo 443 CP, el contexto (que la persona solicitada tenga «pretensiones pendientes...» ante el funcionario público o que se halle «sujeta a (...) guarda» del mismo) hace plausible e incluso sugiere cierta situación de sujeción (excluyendo, no obstante, que se trate de una *praesumptio iuris et de iure* de lesión del bien jurídico protegido).

¹¹⁵ El propio Morillas (L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 186) reconoce la necesidad de un cambio normativo que explicite la mayor contundencia que pretende asociar a la solicitud. *De iure condendo*, podrían resultar sugerentes las reflexiones de doctrina y jurisprudencia acerca del verbo «influir» empleado en el delito de tráfico de influencias (véase, entre muchos, J. BARQUÍN SANZ, «Tráfico de influencias,

Empero, ya *de lege lata*, como hemos visto, entender la solicitud del art. 146.1 a) equivalente a la solicitud del cohecho tendría repercusiones en materia de bien jurídico y obligaría a replegar sobre la libertad del elector como ausencia de «condicionamientos», lo que no encaja bien con la consideración del votante como víctima¹¹⁶.

Así las cosas, una vez anotadas las dudas que suscita la elección terminológica del legislador, conviene explorar otras opciones interpretativas.

4.2. Una interpretación político-criminalmente orientada por el bien jurídico...

Morillas Cueva parece sugerir un camino distinto. A la hora de contestar al interrogante inherente a la componente coercitiva de la conducta típica, la sensación es que, para el ilustre penalista, ni la «solicitud» del artículo 146 LOREG es la misma solicitud del cohecho, ni la inducción del delito electoral es la del artículo 28 a) CP: en la exégesis propuesta por el autor, ambos términos terminan encontrándose en una especie de punto medio¹¹⁷. De hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, argumenta Morillas que, en el delito electoral, la «solicitud» debería entenderse no ya como simple «petición», sino, de forma más «contundente», como «requerimiento» o «instancia»¹¹⁸. Respecto de la «inducción», una vez descartada la relevancia de la omisión¹¹⁹, el autor aclara que, puesto que, en el delito electoral, «no se induce a la comisión de una infracción delictiva sino a una abstención en una votación», la misma no precisa aquí de los requisitos contemplados por el artículo 28 a) CP

corrupción política y razonable intervención penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 123, 2017, 83-137, a pp. 114 y sgts.; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 99).

¹¹⁶ Véase *supra* apartado 2.6.

¹¹⁷ L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754.

¹¹⁸ Así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 186; *Idem*, *Los delitos electorales...*, cit., p. 63 en donde considera que solicitar es sinónimo de «pretender»; en el mismo sentido, *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 753.

¹¹⁹ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., pp. 186-187, haciendo referencia, por otra parte, a la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular con respecto a la inducción a cometer delitos (por ejemplo, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2005, p. 405). Véase también E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad», en *Estudios penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, 1043-1069, a p. 1054.

y no solo puede ser directa o indirecta¹²⁰, sino que tampoco necesita ser eficaz¹²¹. Se trata, dice Morillas, de algo parecido a una «instigación»¹²².

A mi modo de ver, la virtud de esta propuesta interpretativa es que consigue dotar a la norma de coherencia interna, dejando intacta cierta plausibilidad político-criminal del tipo, a la vez que acompasa su exégesis al bien jurídico protegido. Pero, en la práctica, corre el riesgo de no distanciarse lo suficiente de la lectura mayoritaria que, como hemos visto, sustancialmente obvia cualquier indagación sobre la existencia de un menoscabo real de la libertad del elector. Si seguimos a Morillas, como mucho, podremos exigir al juez que se pregunte acerca de la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido y que excluya la tipicidad (por lo menos, como delito consumado) de solicitud e inducción abierta, inmediata y contundentemente rechazadas. Pero, la tesis deja intacta la posibilidad de que, en la mayoría de los casos, el peligro se siga entendiendo como abstractamente típico en el momento en el que se realiza la conducta, con lo que el «miedo» del solicitado se terminará infiriendo solo de la actitud del solicitante.

Por esas razones, me pregunto si no es posible ir más allá de lo que propone el autor y llevar el planteamiento esbozado en materia de bien jurídico hasta sus últimas consecuencias. Para ello, empecemos por cuestionar los argumentos que esgrime Morillas para descartar que la inducción del art. 146.1 a) tenga las características del art. 28 a) CP.

4.3. La inducción

Ya hemos dicho que no convence el entendimiento mayoritario del delito electoral que sustancialmente obvia la peculiaridad de la descripción típica que se caracteriza respecto del cohecho por el empleo del verbo «inducir».

Al contrario, ver al inductor como a alguien que adopta «un papel preponderante en la formación de la voluntad»¹²³ del inducido no solo

¹²⁰ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 187; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754.

¹²¹ L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., p. 195; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 763. Sin embargo, obsérvese que el mismo autor parece requerir cierta eficacia causal de la inducción: véase L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754 en donde concreta «la reiterada inducción electoral como *causación* objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico, motivado por alguno de los medios descritos en la precitada letra a) del artículo 146.1, en otro, de la resolución por parte de éste de una conducta de abstención en un proceso electoral» (cursiva mía).

¹²² L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64.

¹²³ M^a. C. GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 78 y 406.

pone en valor en clave sistemática la elección lingüística del legislador, sino que entronca mejor con el bien jurídico protegido y, por ende, con la solución penológica de la LOREG (que, conviene recordarlo, contempla para el autor del delito que ahora estudiamos la misma pena que el artículo 172 CP y, sobre todo, la impunidad del inducido).

En el mismo sentido, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 138 LOREG, los argumentos que avalan una interpretación del verbo inducir que prescinda del artículo 28 a) CP no parecen concluyentes. De hecho, la principal razón que se esgrime (que, a fin de cuentas, no estamos aquí ante una inducción a delinquir) tiene su revés: si, para ser penalmente relevante, la inducción a realizar una acción constitutiva de delito precisa ser directa y eficaz, *a fortiori*, dichos requisitos tendrían que exigirse toda vez que se pretenda delictiva la inducción a realizar un comportamiento, de por sí, lícito¹²⁴. Salvo, claro está (por muy criticable que parezca) que el legislador diga lo contrario, cosa que aquí no acontece: el tenor literal del artículo 146.1 a) impone referir los adverbios «directa o indirectamente» a la solicitud¹²⁵ pero no a la inducción, por lo que, *a contrario sensu*, no parece peregrino entender que la inducción precisa ser directa.

De la misma manera, podría apuntarse que no es infrecuente que el Código Penal tipifique como delito la «inducción» a realizar una conducta en sí no constitutiva de delito y que ello no es óbice para que se condicione la tipicidad a la presencia de los requisitos del artículo 28 a) del propio Código: entre otros casos, piénsese en la inducción al suicidio

¹²⁴ Sobre la posibilidad de que la inducción siga manteniendo las características desglosadas por el artículo 28 a) incluso cuando el legislador tipifica expresamente como delito la inducción a realizar un comportamiento no delictivo, véase F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 444 quienes advierten que, para que pueda hablarse de inducción, no es suficiente «la simple recomendación o consejo». Plantea expresamente el problema con respecto al art. 146.1 a) M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁵ En la jurisprudencia, véase la STS 120/2021 ya citada en la que se lee que (FJ IX) «la solicitud puede llevarse a cabo de forma directa o indirecta y, que, lo relevante es que un elector ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir; forzándola, en la voluntad del titular del derecho de voto». Asimismo, en la STS 731/2012 ya citada (FJ XII), se insiste en que «la autoría del delito se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro. Y ello porque cuando el mensaje se transmite a medio de un nuncio, el emite no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y, en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto».

del artículo 143 CP¹²⁶ y en la inducción de los artículos 224¹²⁷ y 188¹²⁸ CP¹²⁹.

Ahora, subordinar la tipicidad a la eficacia de la inducción repercute sobre la acotación del momento consumativo del delito.

¹²⁶ Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, p. 70 que requiere que la inducción (a realizar un hecho atípico) sea «directa y eficaz», añadiendo que «el suicida debe decidir privarse de la vida a causa de la inducción. No existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida». En el mismo sentido, J. C. CARBONELL MATEU, «Homicidio y sus formas: suicidio y eutanasia», en T. S. VIVES ANTÓN (DIR.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 85-96, a p. 90.

¹²⁷ Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, p. 345 quien postula que la inducción «ha de ser directa y eficaz, por ejemplo, dándole dinero, ofreciéndole un empleo, o influyendo notablemente en su decisión; no es típico, por tanto (...) el mero consejo o recomendación» (cursiva mía). Véase también J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 390-391 quien recuerda que, en este caso, «como toda inducción ha de ser por medios psicológicos directa y eficaz; tales características habrán de ser valoradas en atención a la edad del sujeto pasivo y a su grado de desarrollo intelectual. El inductor deberá producir la resolución en el menor de abandonar su hogar; no es suficiente ni despertar la idea ni reforzarla. Se trata, en fin, de un delito de participación: es decir, se castiga un comportamiento accesorio por no ser punible la conducta del autor; aquí, del que se va del hogar familiar».

¹²⁸ Véase, entre muchos, M^a. M. GONZÁLEZ TASCÓN, «La explotación sexual de los menores: el caso de la prostitución del menor», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, 2017, 133-196, a pp. 162 y sgts. quien, entre las conductas de intermediación, distingue «aquellas en las que el sujeto activo del delito ostenta un papel decisivo en la prostitución del menor o un mayor protagonismo» (señalado expresamente a la inducción) y anota que el legislador las ha equiparado en gravedad «no obstante la distinta influencia de unas y otras en la prostitución del menor». Sobre el momento consumativo del delito, parece poderse configurar una discusión doctrinal parecida a la que aquí aludimos (*Ibidem*, nota 59 y la bibliografía ahí mencionada). Sin ánimo de adentrarme ahora en la *querelle* respecto del delito tipificado con arreglo al art. 188 CP, me limito a observar que el legislador equipara ahí la inducción a la promoción, favorecimiento o facilitación teniendo todos los verbos rectores tienen el mismo objeto (la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección). En el caso del delito electoral que ahora estudiamos, en cambio, el legislador distingue claramente el ámbito de operatividad de la solicitud y de la inducción: en el primer caso, el objeto de la acción es «el voto»; en el segundo, «la abstención».

¹²⁹ Y, si se quiere, del art. 611, 9º (atentado contra la libertad sexual de persona protegida cometiendo prostitución inducida o forzada). Incluso en el delito de tráfico de influencias, parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha acercado la «influencia» a la inducción «en sentido jurídico penal» (véase E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos...», cit., p. 1050, nota 30, aunque, en sentido contrario, *Ibidem*, pp. 1063-1064). Véase también F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Los delitos de ejercicio...*, cit., pp. 199-201; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, op. cit., pp. 8-12 quien atribuye el rasgo de superioridad al «influir» que no al «prevalerse» y aclara que, «para ser típicos, los actos de influencia han de poseer capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo del funcionario en cuestión (como de cualquiera otro de su mismo «ámbito de relación») hacia el sujeto activo» y que la influencia ha de ser eficaz y directa.

4.4. Consumación, tentativa y actos preparatorios

4.4.1. La interpretación mayoritaria

La interpretación mayoritaria sitúa la consumación del delito en el momento en el que se produce la solicitud o la inducción¹³⁰, con independencia de que sean directas o indirectas o de que el votante ya estuviese decidido a abstenerse o a suscribir con su voto la misma opción electoral solicitada¹³¹. En el delito electoral, el legislador habría adelantado la punibilidad a un momento anterior a la lesión del bien jurídico protegido: no solo da igual que el votante efectivamente vote en un sentido o en otro, sino que resulta indiferente que acceda o no a pactar su voto. ¡Es delictiva incluso la solicitud abiertamente rechazada!

4.4.2. ¿Y la tentativa?

Al igual que en el cohecho, la configurabilidad de la tentativa dependerá de si, para que la solicitud¹³² se considere penalmente relevante, se exige que la misma llegue a su destinatario¹³³. En caso de respuesta afirmativa, por lo menos en un laboratorio, es perfectamente imaginable que el hipotético sobre que contiene la promesa o la dádiva sea interceptado antes de llegar a su destino (lo que podrá rubricarse como tentativa).

Por otra parte, que esa «tentativa» sea punible, puede cuestionarse a partir del hecho de que el delito se consuma antes de que se selle el pacto (y de que el votante efectivamente actúe según lo pactado¹³⁴), lo que im-

¹³⁰ En la jurisprudencia, especialmente clara es la STS 731/2012 ya citada, FJ III, *in fine*, donde se lee que «el delito (...) se consuma por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho». En la doctrina, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268; en el mismo sentido, M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 32.

¹³¹ En este sentido, véase la ya citada STS 731/2012 en la que se afirma que «lo relevante es que un elector (...) ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, *coincida o no con su voluntad*» (cursiva mía). En doctrina, véase M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 32.

¹³² Resulta relativamente complicado imaginar situaciones de tentativa de inducción a la abstención punibles. La cuestión extralimita claramente este trabajo. Piénsese, por ejemplo, en las diferentes soluciones que, de acuerdo con el planteamiento de partida que se mantenga, se darán al supuesto del inductor que, por medio de dádivas, trata de comprar la abstención de un elector, no sabiendo que éste ya ha votado por correo. Sobre las dificultades que plantea la tentativa en los supuestos omisivos, véase, por ejemplo, A. KAUFMANN, op. cit., pp. 64 y 221 sgts. quien aclara que «quien pudo llegar a la conclusión objetivamente errónea de que determinada acción era factible es capaz de una acción de tentativa».

¹³³ Una vez más, para el debate en materia de cohecho, se remite a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 498 y sgts.

¹³⁴ La afectación al bien jurídico se configurará de forma distinta según la opción que se elija: si se opta por una reconstrucción en clave supraindividual o por la «imparcialidad»

plica que estamos ante un delito de peligro (de peligro¹³⁵)¹³⁶. Así las cosas, aceptar la punibilidad de la tentativa implicaría considerar penalmente típico el peligro de peligro (de peligro) de lesión del bien jurídico, lo que parece excesivo. Dicho de otra forma, si el legislador coloca el momento consumativo en el comienzo de la ejecución de la acción encaminada a la lesión del bien jurídico (que, según la reconstrucción que se prefiera, se produce en el momento de la aceptación de la solicitud o del voto), todo lo anterior a la solicitud es acto preparatorio que el artículo 18 CP quiere no punible salvo disposición expresa en sentido contrario. Además, en la Ley electoral, no existe un *pendant* del artículo 445 CP¹³⁷ y, como es sabido, si *ubi lex voluit, dixit, ubi non dixit, noluit*.

4.4.3. Puntos problemáticos de la solución mayoritaria

Sea como fuere, el problema viene de situar el momento consumativo en la mera solicitud, sea o no aceptada. Y no se trata solo de un excesivo adelantamiento de la respuesta penal respecto de la afectación del bien jurídico, sino, sobre todo, de una equiparación en cuanto a pena de situaciones en las que el mismo (la libertad del elector) se pone en peligro o se lesiona (solicitud aceptada por miedo; voto o abstención emitidos con miedo) o debe directamente excluirse (negativa del solicitado que «manda a paseo» al solicitante).

O, lo que es lo mismo, con un planteamiento más propio de un Derecho penal de autor, se ancla el (no) merecimiento de sanción del solicitado tan solo a la conducta del solicitante, sin indagar el efecto *realmente* producido por solicitud o inducción en la formación de la voluntad del elector en el caso concreto¹³⁸.

del votante, la *lesión* se produce en el momento en el que éste accede a la solicitud. Si, en cambio, como parece preferible *de lege lata*, se opta por la libertad individual del elector a la hora de votar, la lesión del bien jurídico se constata cuando se produce el voto (o la abstención).

¹³⁵ Según la reconstrucción del bien jurídico que se prefiera, se trata de un peligro de lesión (si se considera que el bien jurídico se lesiona en el momento en el que se pacta) o de un peligro de peligro de lesión (si se considera que el bien jurídico se lesiona en el momento en el que se produce el voto o la abstención).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 31 quien afirma literalmente que el delito que ahora estudiamos es la tipificación de un «intento de corrupción del elector».

¹³⁷ A mi modo de ver, esta norma impone al intérprete un esfuerzo exegético que permita configurar el delito de cohecho de tal forma que sea imaginable (y punible) la tentativa, ya que carece de sentido establecer la punibilidad de actos preparatorios sin que a la vez resulte relevante penalmente la tentativa.

¹³⁸ *Mutatis mutandis*, véase A. FIORELLA Y S. MASSI, op. cit., pp. 46 y sgts.

4.4.4. Consecuencias de la eficacia de la inducción sobre la consumación del delito

Exigir la eficacia de la inducción implicaría que, para que el delito se consume, cuando lo que se le pide es que no vote, sería preciso que el elector efectivamente se abstenga de votar¹³⁹. Así razonando, la consumación se produciría una vez que se ha comprobado el resultado lesivo del bien jurídico protegido, lo que, puestos a valorar la legitimidad de la intervención penal, parece preferible.

Amén de ello, también habría que excluir la tipicidad de aquellos supuestos en los que el elector estuviera ya decidido a abstenerse con carácter previo a la intervención del corruptor¹⁴⁰, lo que, una vez más, entron-

¹³⁹ Pueden resultar útiles aquí las consideraciones de la doctrina en materia de inducción al suicidio (véase, entre otros, M. Á. BAJO FERNÁNDEZ, «Inducción y Cooperación al Suicidio», en M. Á. BAJO FERNÁNDEZ (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Vol. I., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, 247-280, a pp. 259-262; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., 2022, pp. 68-69. Cuestión distinta es que pueda aquí reproducirse el debate inherente al encuadramiento de la «muerte» como resultado material o condición objetiva de punibilidad (en este segundo sentido, por ejemplo, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 182-184; véase también J. C. CARBONELL MATEU, op. cit., pp. 97-98 con ciertos matices). El hecho es que, aunque se opte por considerar el evento inducido como resultado material, en el delito electoral, se induce a la realización de un comportamiento omisivo, lo que, naturalmente, complica las cosas en cuanto a configurabilidad del comienzo de ejecución. Naturalmente, opina en sentido contrario L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64 quien, como ya hemos visto, considera que, tanto en la solicitud como en la inducción, «es indiferente la consecución o no del fin perseguido: el logro del voto o la abstención». En la jurisprudencia, nótese que, en la SAP Las Palmas, 113/2002, de 12 de julio (ECLI:ES:APGC:2002:1752), puestos delante del supuesto del art. 146.1 b), los magistrados no dudan de que «el nudo gordiano de la cuestión» estriba en saber si los presionados votaron o no con contra de su voluntad «o mejor dicho ¿votaron a un candidato que ellas no querían?».

¹⁴⁰ Véase M^a. C. GÓMEZ RIVERO, op. cit., pp. 404 y sgts. Ciertamente, podría cuestionarse la posible relevancia penal del supuesto en el que el votante se dirige al corruptor explicándole que se abstendrá si éste le abona dinero. Si, en caso de respuesta afirmativa del corruptor, pueda hablarse o no de inducción (y, por lo tanto, se le pueda aplicar al corruptor la sanción prevista por el art. 146 LOREG), es cosa ciertamente discutible (*Ibidem*, págs. 427 sgts. quien parece sugerir una respuesta negativa. Véase también N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 247). Viendo las cosas una poco más de cerca, como sugiere la doctrina especializada, (M^a. C. GÓMEZ RIVERO, op. cit., pp. 429 sgts.), podríamos imaginar, por lo menos, dos escenarios: en el primero, todo nace del votante quien se auto-ofrece a abstenerse de votar a cambio de una dádiva; en el segundo, frente a la petición de abstención formulada por el *extraneus*, el elector (previamente decidido a votar) demanda una recompensa para no hacerlo. Pues bien, en mi opinión, convendría recordar que nos hallamos fuera del ámbito típico delineado por el art. 146.1 a) LOREG (que, como hemos visto, parece apuntar a proteger la «libertad» del elector y no la posibilidad de decidir sin interferencias espurias) toda vez que el votante se autodetermina (con relación a su voto) libremente: y me parece que no puede seriamente dudarse de que actúa libremente quien, previamente decidido a comerciar con su voto, solicita a cambio una dádiva. Y si alguna duda surgiera en el segundo de los supuestos planteados (el votante cambia de idea respecto al voto por la solicitud/inducción, pero es él quien pide a cambio una

ca mejor con el bien jurídico protegido: malamente puede afirmarse que se abstiene por miedo quien, antes de que se lo provocaran, ya estuviera decidido a abstenerse¹⁴¹.

Por último, solo sería típica la inducción directa, siendo irrelevante el supuesto en el que el corruptor se vale de intermediarios y siendo necesario que la misma se dirija hacia un votante concreto¹⁴².

4.4.5. ¿Un delito «a dos velocidades»?

Las anteriores consideraciones podrían sugerir la posibilidad de entender el delito del art. 146.1 a) LOREG como un tipo penal «a dos velocidades». Podría decirse que el legislador habría distinguido según que lo que se pida al votante sea votar de una determinada manera o abstenerse de votar¹⁴³.

Dicha opción interpretativa solo cobra sentido si se acepta que el peligro para el correcto funcionamiento del sistema democrático-electoral (*ratio* de la norma) se percibe más acuciante en el primer caso (se pretende que alguien vote de una determinada manera) y menos alarmante en el segundo (lo que se quiere es que una persona con derecho a ello, no vote)¹⁴⁴.

A faltas de investigaciones criminológicas concluyentes acerca del diferente impacto sobre el funcionamiento democrático de las elecciones del voto y de la abstención no libres, lo cierto es que, *de lege ferenda*, una opción legislativa que diferencie (no ya entre voto y abstención, sino) entre el votante-atemorizado (inducido) y el que *libremente* se deja corromper (solicitado), si oportunamente acompañada por los convenientes arreglos penológicos, probablemente cosecharía consensos y, desde

dádiva), convendría responder que, de dos una: o bien el votante es inducido *por medio de una recompensa* o bien es él quien induce a que le den una recompensa. Y, planteada la cuestión en esos términos, el injusto típico tan solo abarca al primer caso, ya que la norma es suficientemente clara al respecto: la inducción que tiene como destino al elector solo es penalmente relevante si se realiza por medio de dádivas, lo que implica que, para que el supuesto resulte subsumible en el art. 146.1 a) LOREG, quien ha de poner encima de la mesa una recompensa es el inductor y no el votante. El supuesto en el que el inductor se limita a «pedir» la abstención sin prospectar una dádiva, es, evidentemente, atípico.

¹⁴¹ Sobre la necesidad de que la inducción sea directa, diremos en seguida.

¹⁴² Respecto de la inducción en el artículo 28 CP, véase J. C. FERRÉ OLIVÉ, «Autoría y participación», en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET AL. (DIRS.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016, 363-393, a pp. 372-373.

¹⁴³ Plantea esa posibilidad también M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁴⁴ Y el argumento podría incluso hallar cierto respaldo en el análisis de los supuestos llegados a conocimiento de los tribunales: en los repertorios de jurisprudencia, no he sido capaz de encontrar ni un solo caso en el que se discutiera de la aplicación del delito tipificado con arreglo al artículo 146.1 a) en la modalidad de inducción a la abstención.

luego, parecería fácilmente defendible, colocándose en línea con algunas soluciones empleadas en el Derecho penal electoral comparado¹⁴⁵.

Empero, *de lege lata*, el talón de Aquiles de cualquier opción interpretativa que implique sancionar con arreglo al art. 146.1 a) al «corruptor» de votantes que libremente comercian con su voto es su incompatibilidad con el mensaje que el legislador da alto y claro: que, sea solicitado, sea inducido, quien vende su voto no es punible. Como hemos visto, es difícil compatibilizar esta idea con la tipicidad de una solicitud no intimidatoria.

4.5. Toma de postura

Como ya hemos dicho, la doctrina y la jurisprudencia entienden que solicitud e inducción implican la afectación de un mismo bien jurídico, lo que descarta una atrevida solución «a dos velocidades» como la esbozada aquí arriba. Y la elección penológica del legislador apunta desde luego en esa misma dirección, ratificando su inviabilidad.

La alternativa más cotizada ignora el carácter coercitivo de la conducta, descafeinando la inducción y equiparándola a la solicitud. Así procediendo, sin embargo, se termina eximiendo al juzgador de comprobar la existencia de todo tipo de nexo entre la conducta típica y el bien jurídico¹⁴⁶. Y naturalmente, eso equivale a hacer oídos sordos ante el mensaje legislativo inherente a la impunidad del votante.

Entonces, aun aceptando considerar como sinónimas las palabras «solicitud» e «inducción», ¿por qué debería el intérprete convertir la inducción del art. 28 a) CP en una solicitud igual a la del cohecho pasivo¹⁴⁷? ¿No sería preferible, en sentido contrario, exigir que la solicitud también tenga aquí las características del art. 28 a) CP (salvo, claro está, que sea directa, ya que el art. 146.1 a) LOREG considera típica también la indirecta)¹⁴⁸? O, dicho de otro modo, la exigencia de mantener cierta

¹⁴⁵ Véase *supra* el apartado 3.2 y la nota 96.

¹⁴⁶ Y, de hecho, en la jurisprudencia que se ha ocupado del art. 146.1 a), más allá de genéricas afirmaciones alrededor del bien jurídico protegido, la indagación de la presencia en el caso concreto de algún menoscabo a la libertad del votante ha brillado por su ausencia.

¹⁴⁷ Particularmente clara M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸ Visto que una lectura sistemática anclada a la *litera legis* sugiere que solicitud e inducción tengan un alcance distinto, mientras que la doctrina (acompañada por la jurisprudencia) ha querido corregir el legislador ampliando el espectro aplicativo del precepto dando a la «inducción» el mismo alcance de la solicitud, de querer admitir como inevitable la corrección interpretativa, lo que aquí se considera preferible es resolver la *querelle* al revés, adoptando un punto de vista restrictivo que, dicho sea de paso, es el único compatible con el bien jurídico protegido y con la elección legislativa de dejar impune al votante que vende su voto. Nótese además que, incluso en la manualística de parte

simetría en el precepto compatibiliza mejor la *litera legis* con una afectación tangible del bien jurídico protegido si se exige la eficacia de la solicitud (y de la inducción)¹⁴⁹. Así procediendo, se desplaza el momento consumativo del delito al voto/no voto, y, con ello, resulta viable exigir al juez un juicio *ex post* acerca de la efectiva presencia de un menoscabo de la libertad del elector *en el momento del voto*.

5. La recompensa, dádiva, remuneración o promesa: consideraciones sistemáticas

Sobre el significado de cada uno de estos términos, demos por reproducidas las consideraciones formuladas por la doctrina y por la jurisprudencia que se han ocupado del delito de cohecho¹⁵⁰. Limitémonos ahora a dedicar algo de espacio a algunos apuntes sugeridos por una redacción peculiar, algo imprecisa e innecesariamente amplia y repetitiva¹⁵¹ del artículo 146.1 a).

5.1. ¿Recompensa?

En el Código Penal, habla de «recompensa»¹⁵² el artículo 421 que utiliza la palabra para describir el objeto material de la conducta de cohecho subsiguiente en el que la dádiva, favor o retribución se recibe, solicita, promete u ofrece *después* de que el *intraneus* ha realizado la

general, se enseña que «el influjo psíquico» propio de la inducción, «podrá consistir en (...) una *solicitud* (...) siempre que posea(n) la suficiente intensidad para que aparezca como *adecuada* y pueda fundar la imputación objetiva. *La presencia de precio o promesa* reforzará el sentido del influjo psíquico...» (así S. MIR PUIG, op. cit., p. 404, cursiva mía). Véase también N. DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 246.

¹⁴⁹ Admitir la tipicidad de la inducción indirecta significaría, en cambio, avalar una analogía *in malam partem* proscrita en el ámbito penal. Así que, por muy deseable que parezca que cometiera el delito incluso el inductor que se vale de intermediarios, *de lege lata*, hay que descartarlo: aunque se equivoque, se trata de una elección que solo compete al legislador y en ningún caso al intérprete.

¹⁵⁰ Véase también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64. Según el autor, «recompensar es premiar un beneficio, favor, virtud o mérito (premiar el favor del voto o de la abstención). Dádiva en un sentido gramatical es la acción de dar algo como merced. Jurídicamente, se puede afinar aún más y definirla como “lo que se da graciosamente a alguien para tenerlo propicio a una determinada finalidad” (...). Remunerar es equivalente a recompensar, premiar, galardonar».

¹⁵¹ Así también L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., p. 64.

¹⁵² La LO 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral, cambió el plural «recompensas» por el actual singular «recompensa».

actuación «comprada»¹⁵³. En el delito electoral, la conducta típica parece lógicamente incompatible con el esquema subsiguiente (¿cómo se puede solicitar o inducir a alguien a hacer algo que se sabe que ya ha hecho?) de tal forma que parecería poderse sugerir al legislador la eliminación de este sustantivo que, por otra parte, parece pleonástico¹⁵⁴.

5.2. *La irrelevancia del cohecho de facilitación y la cuestión de los munuscula*

El legislador penal electoral no ha contemplado un *pendant* del cohecho de facilitación del artículo 422 CP en el que dádiva o regalo se otorgan *en consideración a* la función y no *a cambio de* un acto a realizarse o realizado por quien la desempeña. Y, de hecho, para describir los medios típicos de los que se vale quien solicita el voto, el art. 146.1 a) LOREG utiliza la palabra «remuneración» que recuerda a la «retribución» de los artículos 419, 420, 421 y 424 CP (aquí también sería preferible cierta uniformidad). El término sugiere una relación sinalagmática (*quid pro quo*) en virtud de la cual parece razonable exigir que la «dádiva» resulte *intercambiada con* el voto o la abstención, lo que implica que

1. tanto la prestación ofrecida (dádiva) como la que se solicita (voto) o induce (no voto) han de estar suficientemente determinadas: por ejemplo, no debería considerarse típico el supuesto en el que se solicita apoyo (no explícitamente el voto) a cambio de genéricas promesas de que se favorecerá (sin concretar cómo) a uno o varios electores¹⁵⁵;

¹⁵³ Y no, como se ha recientemente afirmado (E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho...», cit., p. 643), cuando existe un acuerdo previo a la realización del acto del cargo.

¹⁵⁴ De hecho, como se ha observado, recompensar es lo mismo que remunerar (L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 757). Nótese que, como acontece a menudo, los pleonasmos pueden no resultar inocuos: véase, por ejemplo, la distinción que propone M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64 sobre la que volveremos en seguida.

¹⁵⁵ Quizás pueda leerse en este sentido la solución del ATSJ Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5369) en el que la sospecha de delito electoral tipificado con arreglo al artículo 146.1-a) se levanta en relación con una carta suscrita por el alcalde del municipio de Pozuelo de Calatrava y candidato del Partido Popular a las elecciones municipales y autonómicas. El texto de la carta era el siguiente: «A punto de finalizar esta Legislatura me parece prudente darte cuenta de las gestiones realizadas a lo largo de estos cuatro años. Quiero ponerte de manifiesto que mi preocupación personal, así como la del equipo que me acompaña en el Gobierno de este Ayuntamiento, ha sido el de trabajar por los más necesitados. Considerando que el paro ha formado y forma parte de nuestras prioridades, por eso el Ayuntamiento ha venido trabajando implacablemente en aras de conseguir fondos y firmar convenios con otras Administraciones para contratar trabajadores y trabajadoras en situación de paro y en las épocas más crudas del año, en la que tú personalmente has tenido la ocasión de ser beneficiario/a al haber sido contratado/a por este Ayuntamiento. Sin otro particular y esperando contar con tu apoyo para continuar con estos proyectos de mejora y bienestar, atentamente. El alcalde». La Sala respalda al

2. entre lo que se solicita (el voto) y lo que se ofrece a cambio (la dádiva) ha de existir cierta proporción. Los pequeños regalos a todas luces inidóneos para alterar la determinación del votante deberían ser penalmente irrelevantes, sin necesidad de incomodar a la adecuación social hacia cuya operatividad en este ámbito parte de la doctrina ha avanzado serias dudas¹⁵⁶.

5.3. La dádiva: una interpretación restrictiva

No obstante haya sido calificado con razón como «obsoleto»¹⁵⁷ y «arcaico»¹⁵⁸, el término dádiva («cosa que se da»¹⁵⁹) sigue siendo el fulcro no solo del cohecho, sino también del delito electoral que ahora estudiamos, ya que es evidente que la recompensa, remuneración o promesa lo serán... de una dádiva¹⁶⁰.

Dicho ello, el objeto a intercambiar con el acto del *intraneus* se describe de forma sensiblemente distinta en el delito electoral y en el cohecho. Lo más probable es que la asimetría se deba a una falta de atención sistemática del legislador que iba modificando el delito de cohecho común olvidando el electoral. Empero la *voluntas legis* puede cambiar con independencia de la *voluntas legislatoris* y la interdicción, en el ámbito penal, de la analogía *in malam partem* despliega importantes efectos in-

Ministerio Fiscal defendiendo que «la carta dirigida por el alcalde se limita a informar de determinados logros realizados en su gestión, coincidiendo con el final de su mandato, sin duda para la captación de sufragios en las nuevas elecciones convocadas, pero sin que en modo alguno, solicite el voto ofreciendo recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, como exige el apartado 1.A), ni suponga una coacción electoral de las contempladas en los restantes apartados, encontrándonos más bien ante la realización de una campaña durante el período electoral, que podría constituir una infracción electoral, sancionable por la Junta Electoral competente». En doctrina, véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos...», cit., p. 175 quien recuerda que las promesas de «si se ganan las elecciones, llevar a cabo una política que favorezca económicamente a determinadas personas son tácticas más o menos inmorales, pero de difícil conceptualización como cohecho. (...) en el ámbito de lo punible solo entra la acción directa de soborno económico sobre cada elector en concreto, determinándole a votar o a dejar de hacerlo...».

¹⁵⁶ Véase L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», cit., pp. 190 sgts.; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., pp. 757 sgts. En sentido contrario, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1268; F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales...», cit., p. 175.

¹⁵⁷ C. RAMOS RUBIO, «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, pt. 3, 2002, 101-148, a pp. 120-121.

¹⁵⁸ A. MARTÍNEZ ARRIETA, «Arts. 419-427», en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (DIR.) Y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2007, 3106-3131, a p. 3109.

¹⁵⁹ El DRAE dice «cosa que se da gratuitamente». Puesto que ni en el delito electoral ni en el cohecho se da nada «gratuitamente», conviene limitarnos a recordar que dádiva es «lo que se da».

¹⁶⁰ En el mismo sentido, L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 757.

terpretativos si unida a una interpretación *a contrario* que ponga en valor las diferencias descriptivas entre dos preceptos: si, en el cohecho, para asegurar una interpretación amplia del objeto material de la conducta, el legislador ha añadido a la «dádiva» adjetivos, adverbios u otros descriptores y no lo ha hecho así en el delito electoral que ahora estudiamos, lo más inmediato será considerar que, en el delito electoral, la dádiva es típica *solo si* carece de esas calificaciones y que no incluye a lo que designan los descriptores ahí (en el cohecho) presentes y aquí (en el art. 146.1 a) LOREG) ausentes. Tuneando un poco un célebre brocardo, si *ubi lex dicit, voluit*, entonces *ubi non dicit, noluit*.

Obsérvese que la consecuencia de lo anterior es una exégesis restrictiva y *pro reo* del precepto que puede resultar útil para eliminar del espectro de aplicación del Derecho penal electoral por lo menos a una parte de las promesas «político-electorales» que, en el día a día de nuestra democracia, se ofrecen al votante a cambio de su voto y que cuesta considerar proscritas nada menos que por la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico¹⁶¹.

Eso no quita que, *de lege ferenda*, sería deseable mayor claridad y precisión. Y, en primer lugar, tanto en el delito de cohecho impropio como aquí, el legislador podría empezar especificando que las dádivas a las que se refiere solo son las «indebidas»¹⁶².

5.3.1. La dádiva «de cualquier clase»

Es imposible retomar ahora la *vexata quaestio* de la relevancia de las ventajas intangibles, inmateriales y/o no económicamente valorables en el delito de cohecho: la extensión de la discusión coloca el problema más allá de nuestras posibilidades¹⁶³. Además, la reforma del año 2010 parece haber zanjado definitivamente la discusión¹⁶⁴: la redacción dada entonces

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, permónese la remisión a G. D. M. CERINA, «El incorruptible político parcial» en *Estudios penales y criminológicos*, n. 43, 2023, *passim*. Y reténgase que, sobre todo en este ámbito, una exégesis como la que se propone se construye sobre un terreno ciertamente más seguro del que sostiene a la adecuación social que, precisamente en contextos de intercambios políticos, en los tiempos que corren, goza, me temo, de un ámbito de operatividad hartamente angosto. En sentido contrario (reconociendo un relevante ámbito de operatividad a la adecuación social), véase, por ejemplo, M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64.

¹⁶² Sobre esta cuestión, permónese la remisión a G. D. M. CERINA, «El incorruptible...», cit., pp. 19-22 y 48.

¹⁶³ Para una panorámica del debate doctrinal sobre este particular, se remite, una vez más, a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 357 y sgts. cuya postura sustancialmente se comparte.

¹⁶⁴ Aunque, en sentido crítico, puede remitirse a la reciente aportación de M. CUGAT MAURI, «Corrupción, favores sexuales y compromisos internacionales: la controvertida respuesta del legislador español a las recomendaciones de la OCDE y el GRECO», en F. MORALES PRATS, J. M^a. TAMARIT SUMALLA Y R. GARCÍA ALBERO (COORDS.), *Represión*

a los artículos 419 y sgts. CP avala una exégesis amplia, en línea con las obligaciones internacionales contraídas por el Reino de España¹⁶⁵. Junto con la mención expresa de los «favores» y de los «regalos», el elemento que parece haber puesto punto y final al debate ha sido la calificación de la «retribución» como «de cualquier clase»¹⁶⁶.

Pues bien, en el delito electoral, no solo se omite dicha precisión («de cualquier clase»), sino que tampoco se mencionan (al lado de «retribución» y «dádivas») «regalos» ni, sobre todo, «favores». Por ello, a mi modo de ver, conviene asumir una postura restrictiva respecto de la exégesis del término «dádiva», limitando la aplicación del art. 146.1 a) a aquellas solicitudes o inducciones que utilicen como medios «cosas» económicamente valorables (lo que v. gr. excluye a las prestaciones sexuales)¹⁶⁷.

penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares. Cizur Menor: Aranzadi, 201888, 835-851, *passim*.

¹⁶⁵ Antes de la reforma de 2010, sin embargo, no era infrecuente encontrar posturas que sugerían una interpretación distinta: véanse, por ejemplo, E. CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español», en *Documentación jurídica*, n. 19 1978, 855-921, a pp. 889-890; J. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer, 1999, p. 202 y, *mutatis mutandis*, E. ORTS BERENGUER E I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Del cohecho», en T. S. VIVES ANTÓN (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 471 y sgts. Para una interpretación en sentido amplio anterior a la reforma, puede remitirse, entre otros, a M^a. J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 1999, p. 190.

¹⁶⁶ Recientemente, véase I. OLAIZOLA NOGALES, «El tráfico de influencias: su relación con el lobby», en F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS (DIR.), *Los lobbies: ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, 35-60, a pp. 47 sgts.

¹⁶⁷ Véase F. MUÑOZ CONDE, «Delitos electorales...», cit., 175. *De lege ferenda*, más que de la materialidad de la dádiva, me parece deseable que el legislador penal se ocupe del supuesto en el que la misma es *contra jus* y que se consideren *cum grano salis* las ventajas de naturaleza «política». *De lege lata*, nótese la contundencia de la STS 731/2012 ya citada en la que, frente a la objeción de un recurrente que defendía que un trabajo no puede considerarse dádiva, ya que «el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario», contesta de forma especialmente tajante que el argumento parece «próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutan de una relación laboral retribuida. Pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o remuneración, incluso dádiva, es irritante». No se comparte la propuesta de Jiménez Díaz (M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 64) quien sustancialmente acepta una postura restrictiva pero exceptúa expresamente el supuesto de «recompensa» que sería compatible con remuneraciones «de naturaleza diferente, por ejemplo, honoríficas» (en el texto, al singular). Por último, huelga recordar que, si aquí lo que se protege es la libertad del elector (en sentido fuerte), uno de los criterios a tener en cuenta para distinguir los supuestos de hecho típicos de los que no lo son (porque el elector acepta libremente) debería cifrarse en el que la «dádiva» consista en evitar un daño injusto («si no me votas, perderás tu trabajo», como el considerado por la SAP de Cáceres 38/2017 ya citada); al contrario, el hecho de que la dádiva implique la consecución de una ventaja indebida («si me votas, conseguirás un trabajo de forma preferente» ilegalmente, como acontece en la STS 731/2012 ya citada) debería apuntar hacia la no aplicabilidad del delito electoral.

5.3.2. ¿Beneficio propio o (también) ajeno?

En los artículos 419 y sgts. CP, la solicitud (admisión, ofrecimiento, promesa o entrega) de una dádiva es delito con independencia de que la retribución redunde «en provecho» del «propio» solicitante o «de un tercero».

A sensu contrario, la ausencia de estas aclaraciones en el artículo 146.1 a) podría leerse como una limitación del espectro de lo penalmente relevante: solo sería típica la solicitud de votar... al solicitante y/o si la dádiva redunde en provecho del solicitado. Si esa fuera la conclusión, fuera de los casos de la solicitud indirecta (v. gr. utilizando intermediarios) que el legislador menciona expresamente¹⁶⁸, resultaría atípica la solicitud de votar a B realizada por A y dirigida a C (v. gr. realizada por un empresario interesado en que se elija a un determinado político a sus trabajadores a los que promete a cambio mejoras salariales); de igual manera, para eludir la aplicación del precepto, bastaría prometer dádivas (v. gr. dinero) que redunden en beneficio...de un familiar del votante cuyo voto se solicita¹⁶⁹.

Así las cosas, visto que lo anterior sería difícilmente explicable, de la imprecisión sistemática del legislador¹⁷⁰, parece más plausible deducir una reafirmación de la atipicidad del ofrecimiento al elector de *políticas públicas* (v. gr. si me votas, te bajaré los impuestos) cuya diferencia con el cohecho electoral estriba en que, de las primeras, puede beneficiarse incluso quien no accede a la solicitud, mientras que, en el segundo, pactar el sentido del voto es *conditio sine qua non* para obtener la dádiva típica (v. gr. dinero)¹⁷¹.

5.4. La promesa

Mencionando la promesa, el legislador aclara que, para que exista solicitud o inducción típica, no es preciso que se realice una puesta a dis-

¹⁶⁸ Recuérdese que el legislador aclara expresamente que la solicitud puede ser directa o indirecta pero nada dice respecto de la inducción que, *a contrario*, debería entenderse penalmente relevante solo si es directa (véase *supra* apartado 4.5).

¹⁶⁹ No se ve por qué el despido de un allegado del elector debería ser irrelevante vista la evidente capacidad de menoscabar la libertad del votante a la hora de elegir a quién votar. Véase, sobre esta cuestión, L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 756. En la jurisprudencia, véase, entre otras, la STS 731/2012 ya citada.

¹⁷⁰ A fin de cuentas, tampoco en el artículo 424 CP se repiten los incisos «por sí o por persona interpuesta» ni «en beneficio del funcionario público o de un tercero». Sobre esta cuestión, perdónese la remisión a G. D. M. CERINA, «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español» en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020, pp. 33-34.

¹⁷¹ Véase D. O. GREAME, *Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery*, Tesis doctoral que, en este momento, puede consultarse en la web www.researchgate.net, pp. 224 y sgts.

posición inmediata de la dádiva, sino que es suficiente una manifestación de voluntad de que la entrega se realice en el futuro¹⁷².

En la descripción de la contraprestación solicitada al votante, en cambio, se omite la referencia a la «promesa»: los objetos de la solicitud y de la inducción son, respectivamente, el voto o la abstención y no también la *promesa* de votar o de abstenerse de votar. Y, si se sigue la interpretación propuesta (que pivota sobre la eficacia de la solicitud y de la inducción), lo anterior despliega ciertos efectos sobre la consumación del delito que se produce no ya cuando se pacta el voto o el no-voto, sino cuando el elector efectivamente vota o se abstiene de votar.

6. Delito electoral y cohecho. Apuntes

Como hemos visto, las repercusiones de la impunidad del votante sobre el bien jurídico protegido permiten acotar en sentido restrictivo el ámbito de aplicación del art. 146.1 a) LOREG. No obstante, quedan sobre la mesa dos cuestiones: si el delito electoral del que ahora hablamos se ocupa de supuestos en los que la libertad del elector cuyo voto se solicita se ve mermada,

1. ¿qué pasa con la *libre compraventa* de votos? Como hemos dicho, ojeando brevemente la LOREG, parece impune;
2. ¿cómo explicar la diferente penalidad del cohecho y del delito electoral? Aparentemente, el funcionario público que, a cambio de un acto propio de su cargo (sobre todo si contrario a sus deberes), solicita dinero a un particular que acepta libremente el trato, recibe una sanción mucho más grave del que solicita un voto a un elector atemorizándole.

Veamos una posible solución a partir de un ejemplo que, dicho sea de paso, se acerca al tipo ideal de cohecho electoral conocido por los tribunales españoles¹⁷³:

¹⁷² En la jurisprudencia, es relativamente frecuente la mención de los «visos de realidad» que debe revestir a lo prometido. En la ya citada STS 485/2006 se lee que «lo importante es la formulación de la promesa y sus visos de realidad, desde el punto de vista de quien la recibe y para el que ha de servir de motivo espurio en la motivación del sentido de su voto, al margen incluso de su cumplimiento posterior»; en el mismo sentido, SAP Huelva 88/2018, de 2 de marzo, (ECLI:ES:APH:2018:145); la STS 120/2021 ya citada que afirma que «la realidad de la promesa, junto a su viabilidad, desde la perspectiva del votante, es suficiente para pervertir la particular decisión del sentido del voto, o incluso de la abstención, que es precisamente lo que pretende evitar, con su castigo, el delito previsto en el art. 146.1.a) LOREG». En doctrina, véase F. MUÑOZ CONDE, «Delito electoral...», cit., p. 175, quien considera que deben ser atípicas «*simples* promesas de mejoras profesionales o salariales» (cursiva mía).

¹⁷³ Es el supuesto considerado por la STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685). La sentencia ha sido comentada por L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., p. 754 y sgts.

un Alcalde y un Concejal «con el fin de obtener votos para la candidatura del Partido (...) usando (...) sus (...) competencias (...) sin la observancia del procedimiento establecido en las Bases Generales para la contratación de personal laboral temporal del Ayuntamiento» ofrecían «por sí mismos o por terceros interpuestos, a personas interesadas en obtener un empleo en el Ayuntamiento (...) la posibilidad de conseguir un contrato de trabajo eventual, que luego se realizaba o firmaba por el citado Alcalde, o conseguir así determinadas prestaciones consistentes en ayudas en comida u otras, solicitado o consiguiendo directa o indirectamente a cambio de ello que las personas que querían trabajar en el Ayuntamiento y familiares de éstos les entregaran la documentación completa y necesaria que emiten las autoridades electorales para conseguir de este modo votar finalmente por correo (...) a favor de la candidatura del Partido...». Algunos vecinos accedieron al trato y efectivamente consiguieron el ansiado trabajo en el Consistorio.

Finalmente, se condena al Alcalde por delito electoral del artículo 146.2. Pero ¿por qué no se calificaron los hechos como cohecho del artículo 419 CP (en concurso real con la prevaricación del art. 404¹⁷⁴)?

6.1. *¿Concurso de leyes o de delitos?*

En una primera aproximación, el supuesto subsumible tanto en el delito electoral como en el cohecho parece el descrito por el art. 146.2 (en relación con el 146.1 a). El precepto sanciona al funcionario público que (ab)usa de sus competencias¹⁷⁵ para, por medio de dádivas, solicitar

¹⁷⁴ Solo con ánimo de facilitar una eventual ulterior investigación, puede apuntarse que el motivo de la condena por prevaricación en la instancia fue haber omitido el alcalde la actividad de control sobre el cumplimiento de los requisitos de los contratos de trabajo que firmó. La Audiencia halla además otros delitos de prevaricación que se habrían sustanciado en la firma de los contratos de trabajo (con incumplimiento del procedimiento), delitos que, sin embargo, considera «subsumidos en el delito de electoral cometido por la conjunción de las firmas de contratos (...) y los requerimientos de voto». *Prima facie*, me parece discutible tanto la configuración de un concurso de leyes entre la prevaricación (consistente en la firma de los trabajos prometidos a cambio del voto) y el delito electoral (el Tribunal Supremo deja constancia de que «no nos corresponde examinar ahora el acierto o desacierto de la Sala de instancia al decidir no sancionar el hecho de que el recurrente firmase los contratos como otro hecho delictivo distinto del ya imputado delito electoral. Al respecto ninguna de las partes nos traslada queja alguna») como la plausibilidad de la existencia de una prevaricación omisiva (El Tribunal Supremo casa esta parte de la sentencia).

¹⁷⁵ En doctrina (L. MORILLAS CUEVA, «Delito de “cohecho electoral”...», cit., pp. 751-752) se ha observado que «el matiz» acerca la actuación del funcionario «más a la esfera de lo particular», ya que «el funcionario público no lo ha de realizar en el ejercicio de sus funciones sino en el uso de ellas para, cabe entender, los objetivos particulares del resto del artículo». A mi modo de ver, en el art. 146.2 LOREG, no hay nada que autorice a excluir la tipicidad del supuesto en el que el funcionario público solicita el voto a cambio de 1. «realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o

el voto o inducir a la abstención¹⁷⁶. Y, como acontece en el ejemplo, planear dádivas al votante usando las competencias propias de un funcionario público (art. 146.2 LOREG) incluye prometer al elector, a cambio de su voto, un acto propio del cargo, contrario o conforme a los deberes del funcionario público (arts. 419 y sgts. CP). Y entonces, considerando la notable diferencia de pena, habría que acotar el criterio conforme al cual calificar el hecho como delito electoral y/o cohecho.

Así puesta, conviene avisarlo, la problemática es demasiado compleja como para plantear ahora una conclusión tajante: las cuestiones cuya previa solución sería necesaria, precisarían de un argumentario que aquí es imposible desplegar. Así que, a expensas de una intervención clarificadora del legislador, mejor será que se tome lo que viene como un esbozo de algunas posibles soluciones, ninguna de las cuales parece exenta de problemas.

Hecha esta disculpa, partamos de algo que, si se comparte la lectura que hemos propuesto, ya debería estar claro: una solicitud de voto realizada por un funcionario público que ofrece a cambio del mismo un acto propio de su cargo que implica ventajas económicas para el solicitado (como un empleo público) se halla fuera del ámbito de aplicación del delito electoral *si no se demuestra más allá de toda duda razonable una afectación a la libre determinación del votante*.

Tampoco debería haber problema en reconocer que intercambiar *libremente* votos y actos del cargo de funcionarios... ¡es cohecho!¹⁷⁷. Los artículos 419 y sgts. CP permiten sancionar de manera ejemplar tanto al votante que acepta gustoso como al funcionario que, a cambio del voto, ofrece un acto propio de su cargo.

El problema concursal se plantea entonces cuando la solicitud del funcionario se acompaña por un menoscabo de la libertad del votante y solo si se acepta que, en España, el espectro de aplicación del cohecho incluye a situaciones en las que la libertad de autodeterminación de uno de los contrayentes ha sido menoscabada por el otro¹⁷⁸.

para realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar» (como dice el art. 419 CP) o 2. «realizar un acto propio de su cargo» (como dice el art. 420 CP).

¹⁷⁶ Nótese que no parece posible otra interpretación de la evidentemente defectuosa norma que se refiere a «fines» (al plural) en clara alusión a todos y cada uno de los supuestos considerados en las letras a), b) y c) del apartado 1.

¹⁷⁷ Recuérdese que el art. 138 I LOREG dispone que «en lo que no se encuentre expresamente regulado en este capítulo se aplicará el Código Penal».

¹⁷⁸ Nótese que, en caso contrario (si se considerara que el cohecho no puede aplicarse en ese caso), se sancionará de forma más leve al político que ofrece conceder ilegalmente puestos de trabajo a cambio de votos, y de forma más grave al profesor que pide 100 euros a cambio de aprobar a un alumno que ha recibido un suspenso en el examen. Con todo, la doctrina aparece dividida. En sentido favorable, puede remitirse a I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., *passim*; C. MIR PUIG, op. cit., p. 231; M^a J. RODRÍGUEZ PUERTA, op. cit., pp. 270, 274 y 288; A. CASTRO MORENO, op. cit., pp. 162 y sgts. Para la

Si hay acuerdo sobre lo anterior, entonces las soluciones posibles parecen dos.

Una primera opción sería un concurso de leyes. Quien elija esta vía, tendrá que vérselas con la discusión que ha originado la dejadez del legislador y con la que hay que enfrentarse para salir al paso de la evidente contradicción entre el art. 136 II LOREG (que elige el principio de alternatividad)¹⁷⁹ y el art. 138 del mismo texto legal que remitiría hoy al art. 8 CP (en primer lugar, especialidad)¹⁸⁰. Con independencia de la dificultad que entraña el encontrar una solución satisfactoria a la cuestión general¹⁸¹, en el caso *de quo*, por lo menos *prima facie*, parece aconsejable

opinión contraria, véase M. ALONSO ÁLAMO, op. cit., p. 19; I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspectos problemáticos...», cit., p. 6540;

¹⁷⁹ Que dispone que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometido». Como se ha observado, la norma representaba una «traslación casi exacta del art. 68 CP de 1973, en vigor al tiempo de publicación de la LOREG», por lo que, vigente aquel texto, su utilidad era sustancialmente nula (así J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1199). La *ratio* de la norma parece poderse relacionar con la propia existencia de una parte penal en la legislación electoral que se justificaría con la necesidad de otorgar un tratamiento más severo a aquellos comportamientos delictivos que se verifican en el momento estelar de la democracia. Véase, en este sentido, J. L. PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 1106; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., p. 170; J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1182 quien esgrime como posible razón en favor de una disciplina de los delitos electorales fuera del Código Penal el «endurecimiento de las sanciones en este terreno de la Delincuencia Electoral, como medida concreta de política criminal tendente a reforzar una institución tan básica para el nuevo sistema democrático como el régimen electoral y su correcto desarrollo» (salvo luego anotar que, *de lege lata*, dicho endurecimiento es inapreciable). Sobre la cuestión, véase también *Ibidem*, pp. 1183-1185; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La corrupción...», cit., p. 15; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 12; M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 7.

¹⁸⁰ Se ha argumentado que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 138 II de la LOREG, han de considerarse aplicables «en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, título 1º del Código Penal» lo que, después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ha de ser reinterpretado como referido al título preliminar. Así las cosas, según algunos, el conflicto entre los criterios de los artículos 8 y 9 CP y la cláusula de alternatividad del artículo 136 LOREG habría de resolverse entendiendo que el Código Penal es *lex posterior* respecto de la LOREG, por lo que el artículo 136 de esta última se entiende *tácitamente* abrogado. En la práctica, la interpretación sugerida implica la aplicación del artículo 8 CP en lugar que el 136 LOREG, lo que desplaza la alternatividad a criterio residual, obligando a intentar resolver el conflicto de normas utilizando, en primer lugar, el principio de especialidad. Y, con carácter general, los supuestos considerados por la LOREG serían especiales respecto de los tipificados en el Código Penal visto el ámbito de aplicación de la LOREG delimitado por su art. 1. Así, en el caso de conflicto aparente de leyes, tendencialmente prevalecerá en cuanto especial la LOREG «aunque su castigo fuere más leve» que el previsto por el Código Penal. En este sentido, J. MUÑOZ CUESTA Y V. MARTÍ CRUCHAGA, «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6887, 2018, pp. 3-4; de la misma opinión, J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1200; E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1450; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., p. 170.

¹⁸¹ La tesis que defiende la derogación tácita del art. 136 II LOREG encuentra un obstáculo en el texto de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que se refería expresamente (que no tácitamente) a la LOREG. Así, cuando, en el apartado 1, letra f) de la disposición derogatoria única, el legislador se interesó expresamente solo del artículo

optar por la alternatividad, bien por indicación expresa del legislador penal electoral (*ex art. 136*), bien como criterio residual (*ex art. 8 CP*) una vez descartados el principio de especialidad y el de consunción¹⁸². Claro que, desde un punto de vista eminentemente práctico, resolver el concurso de leyes utilizando el criterio de la alternatividad implicaría la ausencia de todo reflejo sobre la sanción abstracta del menoscabo de la libertad del votante imputable al funcionario público: se aplicaría la pena prevista por los artículos 419 y sgts. con independencia de que el comprador de votos haya o no menoscabado la libertad del vendedor.

Si, en cambio, se pone el acento sobre el diferente bien jurídico protegido¹⁸³ y el distinto alcance de las conductas típicas, quizás pueda aventurarse un concurso de delitos¹⁸⁴. Y esta solución es seguramente más satisfactoria que la anterior, ya que permite graduar el reproche para el funcionario público que, con su conducta, afecta de forma penalmente relevante a dos distintos bienes jurídicos o solo a uno de ellos. Si acaso, el

137 LOREG, dijo claramente que la única parte de la LOREG que pretendía modificar era la que concernía a la referencia a «los términos “activo y”» de este precepto. Y, puesto que *ubi lex voluit, dixit; ubi non dixit, noluit*, la mención expresa del art. 137 impide al intérprete añadir una referencia tácita al 136 LOREG. En el mismo sentido, si, de lo que se trata, es de hacer primar el principio de especialidad en las relaciones entre Código Penal y leyes especiales, siguiendo la lógica del artículo 8 CP, no se ve por qué una ley especial (incluso anterior al Código Penal) no puede disciplinar el concurso aparente de leyes de forma distinta (si se quiere, especial) del Código Penal. A quien, en cambio, defiende la vigencia del principio de alternatividad, sin ánimo de desarrollar ahora un análisis penológico completo de los delitos electorales que tienen un *pendant* en el Código Penal, cabría replicar que, *de lege lata*, la sensación es que, hoy en día, el Código Penal contempla sanciones más severas que la LOREG, lo que parece colocar la *ratio* de la parte penal de la LOREG en la especialidad más que en la alternatividad.

¹⁸² Si la *especialidad* del art. 146 LOREG se cifra en el contexto electoral en el que se materializa la «dádiva» solicitada al *votante* (*i.e.* el voto), el cohecho es más *específico* respecto de la «dádiva» del funcionario público (acto del cargo conforme o contrario a los deberes) y, como hemos visto, conmina una pena abstractamente muy superior al delito electoral.

¹⁸³ La imparcialidad procedimental de la Administración pública, en el cohecho; la libertad del elector; en el delito electoral. Ciertamente, podría objetarse que el artículo 146.2 ya agrava la pena del tipo básico y que lo hace porque ya considera la lesión a un bien jurídico relacionado con el correcto funcionamiento de la Administración pública, de tal manera que aumentar la pena por cohecho implicaría sancionar *bis in idem*. Pero, a mi modo de ver, la modesta entidad de la agravación del art. 146.2 («inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años») no sugiere un enriquecimiento del espectro de la ofensividad de la norma con un bien jurídico cualitativamente distinto a la «libertad del votante» (como la imparcialidad de la Administración): en realidad, lo que sigue preocupando al legislador es el *temor* del votante que ahora parece más acuciante en tanto que se relaciona con el poder público del funcionario solicitante (*metus publicae potestatis*).

¹⁸⁴ Se trataría de un supuesto parecido al analizado en I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., *passim*. Comparte la opinión de Olaizola C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 504-506, aunque, respecto de la conclusión de esta última autora, haría que puntualizar que, normalmente, el bien jurídico que el particular amenazado apuntará a preservar pagando el soborno, salvo que la amenaza sea *v. gr.* de un secuestro, no será su libertad.

problema vendría del lado del votante que accede a la solicitud atemorizado: mientras que, a tenor de la disciplina general (arts. 419 y sgts.), debería recibir la misma pena que el funcionario público, como sabemos, el art. 146 LOREG le quiere impune. Para superar, por lo menos en parte, el obstáculo, el intérprete tendrá que acudir al estado de necesidad y/o al miedo insuperable¹⁸⁵.

6.2. Sobre la «publicidad» de la función de votar

Como sabemos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 423 CP, solo puede ser autor de cohecho pasivo el *intraneus* que participa del ejercicio de la función pública que comercia con un acto propio de su cargo.

En el delito electoral, en cambio, quien solicita el voto no precisa desempeñar una función pública: que lo haga o no, es precisamente lo que distingue los supuestos considerados por los apartados 1 y 2 del art. 146 LOREG.

De acuerdo con la postura mayoritaria, tampoco desempeña una función pública el votante¹⁸⁶. De ahí que los únicos supuestos en los que puede plantearse un concurso entre el cohecho común y el delito electoral serían los considerados por el art. 146.2. En los demás casos, el libre intercambio de votos parece entonces impune.

¹⁸⁵ La sensación es que, mientras que el legislador penal electoral sitúa la impunidad del votante en el plano de la tipicidad, así procediendo, se corre el riesgo de trasladar la cuestión al de las causas de exclusión de la culpabilidad (sobre la diferente aproximación que ello implica, véase, por ejemplo, D-M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 533 y sgts. Pero véase también lo dicho *supra* en la nota n. 65, *in fine*). Además, el planteamiento de una dádiva puede ciertamente entrañar un menoscabo de la voluntad del votante (que, por ejemplo, la acepta porque *certat de damno vitando*) pero justificar la impunidad del autor de cohecho activo recurriendo al estado de necesidad o al miedo *insuperable* parece operación más exigente de la que exige la norma penal electoral (véase, entre muchos, S. MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 596 y sgts.). Sobre una interpretación restrictiva del miedo insuperable en materia de cohecho, véase SAP Madrid 30/2006, de 2 de marzo (JUR 2006/149627); SAP Melilla 8/2004, de 16 de febrero (ECLI:ES:APML:2004:32). Recuérdese además lo que hemos observado arriba: el supuesto considerado por el art. 146.1 a) LOREG apunta a casos en los que ni hay violencia ni hay intimidación expresa.

¹⁸⁶ Parte de la doctrina ha señalado que, a diferencia de lo que sucede en el cohecho, la vicisitud electoral que ahora nos interesa, se cifra en una actuación realizada «por particular sobre particular» (así L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», *cit.*, p. 183; *Idem*, «Delito de “cohecho electoral”...», *cit.*, p. 750), lo que acercaría el supuesto al tipificado por el artículo 286-bis CP (ahora, «corrupción en los negocios»), en el entendido de que, aunque la actividad electoral tiene carácter público, ninguno de los sujetos implicados ostenta, a efectos penales, la condición de funcionario público (L. MORILLAS CUEVA, «Delitos “comunes”...», *cit.*, pp. 183-184, nota 7. Véase también J. M. MAZA MARTÍN, *op. cit.*, p. 1267).

A no ser, claro está, que se ponga en duda que el votante no pueda considerarse (a efectos penales) un funcionario público¹⁸⁷ o, por lo menos, un participante en el ejercicio de la función pública del art. 423 CP. La pregunta es si, a efectos penales, votar es o no (participar en el ejercicio de) una «función pública». En caso de respuesta afirmativa, el elector resultaría incluido en el listado de sujetos descritos por el art. 423 CP que equipara al funcionario público del artículo 24.2 quien participa en el ejercicio de una función pública sin los títulos habilitadores que exige el precepto de parte general¹⁸⁸. Y entonces, incluso el caso subsumible en el art. 146.1 a) sería susceptible de ser considerado cohecho: el sujeto cualificado (elector) recibe el ofrecimiento del *extraneus* y, si lo acepta, realiza el delito tipificado con arreglo a los artículos 419-421¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Véase, en este sentido, P. BRUNI, op. cit., p. 8 y ténganse en cuenta las referencias doctrinales (italianas pero también alemanas) que el mismo autor menciona en la nota n. 13.

¹⁸⁸ Me he ocupado del alcance de la segunda parte del artículo 423 CP en otro lugar así que permítase que, por razones de espacio, remita una vez más a G. D. M. CERINA, «Problemas...», cit., pp. 40-49. Sobre el particular, tiene la misma opinión, entre otros, L. ROCA AGAPITO, «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL (COORDS.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones pública y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 55-90, a pp. 62 y 78. La cuestión es naturalmente muy amplia y compleja y merece una atención que aquí no es posible prestarle. De hecho, la posible consideración del votante como sujeto público es una idea para la reflexión y futuro debate que, por evidentes motivos de espacio, no puede discutirse aquí en profundidad. Con todo, puede quizás dejarse apuntada la problemática (parecida a la que suscita el artículo 423 CP) que plantea el artículo 135 LOREG que parece equiparar a los funcionarios públicos del artículo 24.2 CP, todas las personas que desempeñan «alguna función pública relacionada con las elecciones» sin mencionar título habilitador alguno. Sobre este particular, véase J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1194; J. MUÑOZ CUESTA y V. MARTÍ CRUCHAGA, op. cit., p. 3; E. J. PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 1458 (quien considera la ampliación excesiva). Parte de la doctrina ha tratado de exigir en vía interpretativa un título habilitador. L. MORILLAS CUEVA, *Los delitos electorales...*, cit., pp. 23 y sgts. prefiere una interpretación «restrictiva», de acuerdo con la cual «desempeñar una función» equivale al «ejercicio de un cargo» (que no a la «realización de una actividad») de tal manera que desempeñaría una función pública relacionada con las elecciones tan solo quien ejerce un cargo o empleo conforme a la normativa electoral (lo que parece excluir al elector que, según el autor, tan solo realiza una «actividad»). Parecida a la de este último autor la postura de M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 10 quien entiende que solo es posible desempeñar alguna función pública relacionada con las elecciones en virtud de una disposición inmediata de la LOREG. Según la autora, esta parte del art. 135 LOREG sería inútil, puesto que nada aporta respecto de la remisión al art. 24.2 CP. En mi opinión, el problema de estas exégesis es que leen más de lo que la norma dice y terminan corrigiendo al legislador que, *al lado de* los sujetos incluidos en el art. 24 CP, ha querido mencionar *expresamente* a los que «desempeñan alguna función pública relacionada con las elecciones».

¹⁸⁹ No parece demasiado problemático el considerar al voto como acto propio de la función. En este sentido, puede resultar útil remitir a la jurisprudencia unánime en materia de transfuguismo retribuido (SsTS 1952/2000, de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2000:9367; 125/2007, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2007:8991; 472/2011, de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2011:3657) para mostrar cómo los magistrados no han dudado en considerar

Aclarada la relevancia de la cuestión, el debate sobre lo que ha de entenderse por «función pública» es demasiado complejo para que podamos aquí reproducirlo¹⁹⁰. Baste apuntar que, una vez desechado todo tipo de criterio subjetivo (solo desempeñan funciones públicas quienes trabajan para una Administración pública) en pos de uno objetivo-funcional (hay funciones que siguen siendo públicas con independencia de si ejercidas en el marco de una Administración pública o fuera de la misma)¹⁹¹, calificar como pública (para efectos penales) la función de votar no es ni mucho menos peregrino.

7. Concluyendo

7.1. Una propuesta interpretativa de *lege lata*

Si tuviéramos que medir la calidad técnica del precepto estudiado basándonos en su capacidad para proporcionar al intérprete unas indicaciones que resulten, a la vez que claras e inequívocas, coherentes desde un punto sistemático y razonables desde un punto de vista político-criminal, el juicio no podría ser sino extremadamente negativo. *De lege lata*, conciliar esas exigencias sin olvidar el orden jerárquico con el que se plantean al intérprete (principio de legalidad y *litera legis* como límite), a mi modo de ver, es extremadamente complicado. Aun así, algo puede decirse.

Y puede comenzarse poniendo en valor la elección del legislador que ha considerado impune al votante que accede a la solicitud, lo que, como ya hemos visto, sugiere identificar el bien jurídico protegido con la libertad del votante «en sentido fuerte». Partiendo de esta consideración,

«acto del cargo» al voto del electo. Y, una vez asumido que el «voto» de un funcionario público (a efectos penales) electo es «acto propio del cargo» (a efectos de configurar el delito de cohecho), si el votante es funcionario a efectos penales (o sujeto equiparado) tampoco debería haber problema en considerar su voto como acto propio de su función.

¹⁹⁰ Para un eficaz y reciente resumen de las principales posturas doctrinales al respecto, puede remitirse a C. GARCÍA ARROYO, op. cit., pp. 246-265 cuyo criterio (que es sustancialmente el de I. VALEJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 62 1997, 435-507, *passim*), sin embargo, no comparto por completo.

¹⁹¹ Es imposible desarrollar aquí una postura personal respecto de esta cuestión. Puede remitirse a E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El cohecho...», cit., p. 620 quien, sin embargo, parece utilizar la intuición tan solo para incluir en el abanico de los funcionarios públicos (a efectos penales) a los trabajadores del sector público instrumental. A mi modo de ver, no existen razones para excluir a trabajadores del sector privado que realizan una función pública (mientras realizan esa función). En sentido parecido, véase, por ejemplo, F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El consentimiento...», cit.

si, como apuntan la doctrina y la jurisprudencia, no se acepta la diferenciación (que hemos explorado arriba) entre solicitud e inducción¹⁹², más que absorber la segunda en la primera, sería conveniente optar (en sentido restrictivo) por una atracción de la primera en la segunda. Eso implica exigir en ambos casos la presencia de una componente intimidatoria o coercitiva en la conducta típica¹⁹³ así como entender el ilícito tipificado en el artículo 146.1 a) LOREG como un delito de resultado. Así las cosas, el delito electoral ya no puede aplicarse si el elector accede libremente a vender su voto y la punibilidad del solicitante/inductor ha de estar condicionada a la eficacia de la solicitud/inducción.

A la hora de valorar la actitud intimidatoria de las conductas típicas así como la afectación al bien jurídico protegido, sería útil recuperar los criterios utilizados por la doctrina italiana. Así, la aplicación del delito electoral debería ponerse en duda si

1. es el votante quien toma la iniciativa¹⁹⁴;
2. la solicitud/inducción se formula de tal forma que el votante accede porque *certat de lucro captando*, siendo la ventaja injusta¹⁹⁵;

¹⁹² Véase expresamente M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 65.

¹⁹³ Nótese las consecuencias que ello implicaría a la hora de acotar la consumación del delito que, en ambos casos, debería situarse en el momento en el que votante efectivamente vota (en el sentido pactado) o se abstiene de votar. No puede, en cambio, exigirse que la solicitud también sea «directa», ya que el legislador se pronuncia aquí expresamente en sentido contrario. A este respecto, reitero que el tenor literal de la norma (por muy incongruente que parezca) refiere expresamente los adverbios «directa o indirectamente» solo a la solicitud, lo que, *a contrario*, permite seguir considerando que la inducción típica ha de ser directa.

¹⁹⁴ Véase el argumento de la defensa en la SAP Cáceres 122/2017 ya citada, FJ IV. Aunque no profundiza en la cuestión, puede resultar sugerente también el AAP Sevilla 109/2005, de 17 de marzo, Ponente Illma. Sra. M^a. Paz Malpica Soto (JUR/2005/138831) en el que se excluye que el hecho sea típico, entre otras cosas, porque la iniciativa es del elector.

¹⁹⁵ Al contrario, toda vez que el voto sirve para evitar un perjuicio injusto para el elector, puede intuirse cierto problema en la libre formación de la voluntad de este último. La jurisprudencia ha considerado delictivo el supuesto en el que el solicitante sustancialmente plantea al votante la pérdida de su puesto de trabajo en el caso de que se niegue a votar de la forma solicitada (véase STS 485/2006, ya citada). Así, se ha dicho que, «si a una persona se le pretende inducir, e incluso condicionar su voluntad a votar en un determinado sentido aprovechando su situación personal de tanta necesidad como es un trabajo que le proporcione tener cubiertas las necesidades propias y de su familia, claro que esta persona puede ser considerada víctima de esa acción, al fin y al cabo lo que se pretende es forzar, con una promesa o prebenda su voluntad y torcerla en un sentido» (SAP Cáceres, 122/2017 ya citada). El problema, si acaso es que este supuesto no se ha diferenciado del (más frecuente) en el cual el solicitante prospecta al solicitado la consecución de un puesto de trabajo (así, por ejemplo, STS 731/2012 ya citada) en condiciones más favorables y *contra legem* (como en el supuesto considerado por la STS 120/2021 ya citada).

3. es, de todas formas, evidente que no existe en el votante ningún tipo de *metus* y la conducta típica no es idónea para generarlo¹⁹⁶.

Los casos de libre comercio de votos que, con arreglo a los anteriores criterios, se colocan fuera del espectro aplicativo del artículo 146 LOREG podrían, por lo menos en parte, sancionarse acudiendo al Código Penal (artículos 419 y sgts.). Y naturalmente, la solución resultará más satisfactoria si se admite que el votante puede ser equiparado a un funcionario público en virtud de lo dispuesto por el art. 423 CP.

Por último, el concurso ideal de delitos entre el cohecho y el delito electoral permitiría soslayar la asimetría penológica entre la corrupción común y la concusión electoral, por lo menos, toda vez que quien solicita el voto a cambio de dádivas menoscabando la libertad del votante desempeña una función pública y pone encima de la mesa un acto propio de la misma.

7.2. *De lege ferenda*

Cohechos, amenazas, extorsiones... no siempre es sencillo trazar un límite claro. El problema son las zonas grises: fuera de los casos de evidente violencia o amenaza, no es fácil aislar los supuestos en los que quien acepta el trato atemorizado no merece una sanción y quien lo propone merece ser reprochado no solo por la ventaja que desea conseguir a coste de la imparcialidad, sino también por coacer la libertad del otro contrayente.

La aproximación político-criminal del legislador español hacia el problema se ha tradicionalmente plasmado en un modelo corrupción-absorbente¹⁹⁷: ante la duda, *intraneus* y *extraneus* responden en igual medida¹⁹⁸. Salvo, según parece, el caso de la legislación electoral: si, en el

¹⁹⁶ Véase SAP Almería, 32/2005, ya citada, FJ I. en la que la evaluación del temor le sirve a la Audiencia para distinguir el supuesto del artículo 146.1 a) del tipificado en la letra b).

¹⁹⁷ En el que la ausencia de la tipificación de un delito de concusión lleva a subsumir en el esquema del cohecho a los casos límites. Ciertamente, la lectura más extrema de este sistema en el que falta la tipificación expresa de la concusión es la que sustancialmente considera compatibles con el delito de cohecho las solicitudes del funcionario público que se acompañan con amenazas constitutivas de delito (esta es, en síntesis, la postura de I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas...», cit., pp. 463 y sgts.), abandonando en la práctica la idea de que la tipicidad del cohecho *presupone* (como *conditio sine qua non*) la libre determinación de los intervinientes. Ahora, dicho abandono parece plausible *de lege lata* (como hemos visto) pero no necesariamente *de lege ferenda* (véase, por ejemplo, la nota siguiente).

¹⁹⁸ No obstante los loables intentos de la doctrina para encontrar un espacio para la figura, parece incontestable que el legislador penal español no se ha ocupado en serio de la problemática subyacente a la concusión. Lo que, por otra parte, causa problemas.

Código Penal, no hay espacio para la concusión, en la LOREG, no hay rastro del cohecho y la intervención del legislador se limita a la concusión¹⁹⁹ y a la coacción del elector.

Cierto es que la materia electoral tiene sus peculiaridades²⁰⁰: en una democracia, la decisión del elector *se basa en* las promesas que se le hacen y el simple hecho de que las mismas impliquen una ventaja para el votante no las convierte en sobornos. El verdadero reto político-criminal parece entonces diferenciar las unas de los otros. Y no parece sencillo.

La tentación podría ser entonces limitar la sanción penal de la compra-venta de votos a los casos en los que efectivamente existe un menoscabo de la libertad del votante. Empero, si ese es el camino, debería recorrerse de una manera técnicamente adecuada, teniendo en cuenta los principios de lesividad y de proporcionalidad. Así, la descripción de las conductas

Véase, por ejemplo, en materia de tráfico de influencias, E. M^a. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Aspectos...», cit., pp. 1050-1051, 1060-1061 y 1063 quien anota que el grado de influjo psíquico que el autor ejerce sobre el influido no parece justificar la no punibilidad de este último. Sobre la cuestión, véase también J. MUÑOZ LORENTE, «Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 4, marzo-agosto 2013, 73-101, a p. 83, quien se pregunta «por qué el denominado cohecho pasivo resulta punible y, sin embargo, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias pasivo” no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba en que en uno la voluntad del funcionario se “doblega” a través de dádivas y, en el otro, a través de una serie de relaciones personales con el funcionario en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a ese “doblegamiento” – vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad – y, no obstante, en uno la conducta es punible y en el otro no». Pues bien, a mi modo de ver, es evidente que una respuesta al interrogante planteado solo puede buscarse en una atenta parametrización del influjo psíquico mínimo requerido como condición de tipicidad que, con independencia de los medios utilizados, en el tráfico de influencias, ha de exigirse superior al cohecho. Es cierto que apunta ciertamente en este sentido la *litera legis* (el «prevalimiento» y la «influencia» del tráfico de influencias no están en el cohecho) pero, aparte de la habitual imperfección del legislador (que, como apunta J. BARQUÍN SANZ, op. cit., pp. 116-117, equipara el prevalimiento ejercido sobre un funcionario público distinto al influido al que despliega sus efectos sobre el influido), quizás se eche en falta una toma de postura sistemática y clara acerca de: 1. el grado de *vis moralis* necesario para considerar típico el comportamiento; 2. el efecto-resultado que debe apreciarse en la persona objeto de la influencia. En ambos casos (recuérdese la solución italiana que ha añadido la inducción a dar o prometer), respecto de la sanción del inductor y del inducido, caben soluciones matizadas que gradúen oportunamente la sanción hasta hacerla desaparecer en el inducido cuya libre determinación se haya visto especialmente afectada.

¹⁹⁹ Se trata, naturalmente, de una concusión *sui generis* en la que, como hemos visto, el *intraneus* es el inducido o solicitado que, según la opción exegética mayoritaria, no participa en el ejercicio de la función pública.

²⁰⁰ Sin ánimo de entrar aquí en la (quizás, en parte, ociosa) *querelle* acerca de la oportunidad de mantener fuera del Código Penal a los delitos electorales. Sobre la cuestión, véanse las consideraciones de B. ROMERO FLORES, *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Atelier Penal, 2005, pp. 42-43; M^a. J. CRUZ BLANCA, «La protección...», cit., pp. 9-10; J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1184; M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 3; M. Á. ALTÉS MARTÍ, op. cit., pp. 164-166.

típicas del delito electoral debería recoger sin tanta ambigüedad la intención del legislador, prescindiendo de la palabra «solicitud» y prefiriendo, en su lugar, una descripción de la acción típica que manifieste la necesidad de que exista una «presión» del solicitante y, sobre todo, un menoscabo de la libertad del solicitado. De la misma manera, sin abandonar un planteamiento político criminal efectivo pero sin olvidar el principio de lesividad, quizás sería oportuno situar la consumación del delito en el momento en el que el elector accede (atemorizado) al trato y *promete* su voto (o su abstención) a cambio del beneficio o de una promesa del mismo.

Otra opción sería enfrentarse al problema y tratar de diferenciar aquellos beneficios que motivan el voto democrático de aquellos que «socavan la democracia». Y aquí el legislador penal electoral parece acertar a la hora de otorgar un alcance restrictivo al término dádiva. Claro que probablemente se trata de un descuido. Y se nota. Falta una reflexión sobre las «ventajas» (no ya «dádivas») que corrompen que probablemente deberían ser sólo las «indebidas»²⁰¹ que benefician sólo al votante que accede *al pactum sceleris*.

En el mismo sentido, tampoco parece mala idea traer aquí a colación el debate inherente a la oportunidad de contemplar un tipo penal *ad hoc* para la corrupción política que tenga en cuenta el diferente alcance de la presión electoral penalmente típica según proceda de un político o de cualquier otro actor ajeno a la contienda democrática.

En suma, la (por lo menos) ambigua solución de la LOREG precisa ser urgentemente revisada no solo técnicamente²⁰², sino también a la luz de una necesaria reflexión político-criminal acerca del tratamiento de la corrupción y de la concusión político-electoral. Una reflexión sosegada que, lamentablemente, no solo no se ha producido en el ámbito penal electoral (¡en las últimas décadas!), sino que parece antitética a la historia en la que se halla permanentemente inmerso el legislador que, incluso cuando aborda cuestiones penales, actúa de forma esquizofrénica y, a veces, parece ver al Boletín Oficial del Estado como un tablón de anuncios en el que dar desahogo a la permanente campaña electoral en la que se hallan los partidos políticos.

Y eso que la materia no es baladí: la difusión endémica de un sistema clientelar en el que quien promete el voto (o paga un carnet de un partido) *adquiere* una significativa mejora de sus oportunidades laborales... Es un secreto a voces²⁰³.

²⁰¹ *Mutatis mutandis*, el art. 108e StGb excluye la relevancia penal de las ventajas que se cifran en un mandato político o una función política.

²⁰² Según J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., p. 1185 la necesidad de revisión en este sentido es percibida de forma unánime por parte de la doctrina.

²⁰³ Debería matizarse la aseveración de J. M. MAZA MARTÍN, op. cit., pp. 1184-1185 quien afirma que, «la necesidad de innovación o de adaptación a nuevas realidades

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., «Problemas políticolegislativos del delito de concusión», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, 7-21.
- ALTÉS MARTÍ, M. Á., «El delito electoral», en *Corts: anuario de derecho parlamentario*, n. 8, 1999, 163-185.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. Á., «Inducción y Cooperación al Suicidio», en BAJO FERNÁNDEZ M. Á. (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. I., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, 247-280.
- BARQUÍN SANZ, J., «Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 123, 2017, 83-137.
- BORSARI, R., *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambio della prospettiva penale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- BRUNI, P., *L'inquinamento elettorale. Il mercimonio del voto con riferimento ai reati contro la Pubblica amministrazione e alle collusioni politico-mafiose*, Torino, Giappichelli, 2021.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas: suicidio y eutanasia», en VIVES ANTÓN T. S. (DIR.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 85-96.
- CARRARO ROSSETTO, P., «El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones», en MUÑOZ SÁNCHEZ, J. et al. (DIRS.), *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 441-447.
- CASAS BARQUERO, E., «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el código penal español», en *Documentación jurídica*, n. 19, 1978, 855-921.
- CASTRO MORENO, A., *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Barcelona, Bayer, 1999.
- CERINA, G. D. M., *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

criminológicas es prácticamente nula». En España, las investigaciones criminológicas en materia de corrupción política (y electoral) no parecen especialmente abundantes.

- CERINA, G. D. M., «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español» en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020.
- «El incorruptible político parcial. Notas sobre el cohecho del político», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 43, 2023.
- COCA VILA, I., «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017.
- COLMENERO GUERRA, J. A., «La protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales vinculadas al ‘discurso terrorista’», en GALÁN MUÑOZ A. Y GÓMEZ RIVERO M^a. C. (DIRS.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, 627-720.
- CRUZ BLANCA, M^a. J., «La corrupción pública en la actividad electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018.
- «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15, 2013.
- CUERDA ARNAU, M^a. L., «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 171-200.
- «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (COORD.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 807-862.
- CUGAT MAURI, M., «Corrupción, favores sexuales y compromisos internacionales: la controvertida respuesta del legislador español a las recomendaciones de la OCDE y el GRECO», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J. M^a. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 835-851.
- DAHL, R. H., *A preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago press, 1959.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*, Granada, Comares, 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, E., «Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2011, 41-50.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada”», en MORALES PRATS, F.;

- TAMARIT SUMALLA, J. M^a. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 1095-1110.
- DEL AMO SÁNCHEZ, J. M., «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», en *Diario La Ley*, n. 10212, Sección Tribuna, 20 de enero de 2023.
- DÍAZ CABIALE, A. Y CUETO MORENO, C., «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 24, 2022.
- DOLCINI, E., «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici». *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2013.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., «Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad», en *Estudios penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, 1043-1069.
- «El cohecho como instrumento de corrupción política», en L. MORILLAS CUEVA (DIR.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, Dykinson, 2021, 601-650.
- ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Autoría y participación», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. (DIRS.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016, 363-393.
- IORELLA, A. Y MASSI, S., *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016.
- GALÁN MUÑOZ, A., «Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 351-388.
- GARCÍA ARROYO, C., *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el delito de coacciones», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 6, 1981-1982, 103-152.
- GATTA, G. L., «Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito», en *Diritto penale contemporaneo*, 17 de marzo de 2014, accesible, en este momento, en <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2916-dalle-sezioni-unite-il-criterio-per-distinguere-concussione-e-induzione-indebita--minaccia-di-un-d>.
- GIMBERNAT ODREIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, 1966.

- GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M^a. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, V. 43, 2023.
- «La explotación sexual de los menores: el caso de la prostitución del menor», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, 2017, 133-196.
- GRACIA MARTÍN, L., «Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a época, n. 13, 2004, 445-481.
- GREAME, O., *Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery*, Tesis doctoral. *University of Queensland* que, en este momento, puede consultarse en la web www.researchgate.net.
- INFANTINI, F., *La nuova tutela penale della pubblica amministrazione*, Pisa, IUS Pisa University Press, 2018.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J., «Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XVI. Delitos electorales. Responsabilidad civil derivada del delito. Delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Nueva regulación de la «corrupción» pública*, Madrid, Edersa, 1994, 1-86.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- LUZÓN PEÑA, D-M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MANNA, A., «I delitti contro la pubblica amministrazione (aggiornamento al volume I)», en CADOPPI, A. et al. (DIRS.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, UTET giuridica, 2015, 167-184.
- MARINI, G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Comentario a los arts. 419-427». en CONDE-PUMPIDO TOURÓN C. (DIR.) Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2007, 3106-3131.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- MAZA MARTÍN, J. M., «Delitos e infracciones electorales», en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (DIR.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, 1179-1283.
- MEDINA DE SEIÇA, A., «Artigo 341», en DE FIGEIREDO DIAS, J. (DIR.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra, Coimbra editores, 2001, 308-314.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Madrid, Bosch, 2000.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.
- MORILLAS CUEVA, L., «Delito de “cohecho electoral”», en DE LA CUESTA AGUADO, P. Mª. et al. (COORD.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 749-766.
- «Delitos “comunes” en el desarrollo del proceso electoral – artículos 146, 147, 148, 149 y 150», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (DIR.), *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales*, Madrid, Dykinson, 2019, 181-231.
- *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20-1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Granada, Colección de estudios penales. Departamento de Derecho penal. Universidad de Granada, 1977.
- MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- «Delitos electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 2 (1977), 165-179.
- «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso La Manada», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J. Mª. Y GARCÍA ALBERO, R. (COORDS.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, 941-959.
- *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CUESTA, J. Y MARTÍ CRUCHAGA, V., «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6687, 2018.
- MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 4, marzo-agosto 2013, 73-101.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista», en *Revista penal*, n. 49, 2022, 77-100.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *Diario La Ley*, 1998.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos», en *Poder Judicial*, n. 40, 1995, 425-471.
- «El tráfico de influencias: su relación con el lobby», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (DIR.), *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 35-60.
- «Los delitos contra la Administración pública», en MIR PUIG, S. Y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo - Madrid, Reus, 2006, 361-403.
- ORTS BERENGUER, E. Y VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Del cohecho», en VIVES ANTÓN, T. S. (COORD.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 471 y sgts.
- ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de política criminal*, n. 3, 1977, 271-287.
- «Lección XXXVIII. Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 719-740
- PALAZZO, F., «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», en *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 227-231.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 11, 2003, 95-164.
- PELLISSERO, M., «Concussione e induzione indebita a dare o promettere» e «I delitti di corruzione», en GROSSO, C. F., PADOVANI, T. Y PAGLIARO, A. (DIRS.) *Trattato di diritto Penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, 173-344.
- PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Delitos e infracciones electorales» y «Delitos en particular», en CAZORLA PRIETO, L. Mª. (DIR.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Madrid, Civitas, 1986, 1097-1245.
- PÉREZ ALONSO, E. J., «Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales», en SUÁREZ LÓPEZ J. Mª. et al. (DIRS.) *Estudios jurídicos penales y*

- criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Madrid: Dykinson, 2018, 1443-1470.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnica de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PICOTTI, L., «L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione», en *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 134, 2017, 137-158.
- PLANTAMURA, V., «La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione», en *Rivista trimestrale del Diritto penale dell'economia*, n.1-2, 2012, 189-221.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- QUESADA SARMIENTO, M^a. J., «Comentario a la STS 1009/2022, de fecha 11 de enero, de 2023, por la que se resuelve un delito de extorsión en grado de tentativa», en *Diario La Ley*, n. 10244, 2023.
- RAMOS RUBIO, C., «El delito de cohecho», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, pt. 3, 2002, 101-148.
- RIQUELME PORTILLA, E., *El cohecho parlamentario. Cizur Menor*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019.
- ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL (COORDS.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones pública y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 55-90.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., «Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 6 (2006).
- ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Atelier Penal, 2005.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y Salud Pública. Aspectos penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- SPENA, A., «Induzione indebita a dare o promettere utilità», en CANESTRARI, S.; CORNACCHIA L. Y DE SIMONE G. (A CURA DI) *Manuale di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 205-226.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», en *Revista General de Derecho*, n. 597, 1994, 6517-6542.

- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», en *Cuadernos de política criminal*, n. 62, 1997, 435-507.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-16, 2018.
- «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html.
- *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2003.
- *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Jurisprudencia citada

- STS 1952/2000, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9367).
- STS 782/2005, de 10 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3745).
- STS 485/2006, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2613).
- STS 193/2006, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:7428).
- STS 125/2007, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2007:8991).
- STS 8025/2007, de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS:2007:8025).
- STS 687/2008, de 8 de abril (ECLI: ES:TS:2008:687).
- STS 472/2011, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3657).
- STS 731/2012, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6685).
- STS 277/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056).
- STS 826/2020, de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2020:826).
- STS 507/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191).
- STS 120/2021, de 11 de febrero, (ECLI:ES:TS:2021:353).
- STS 61/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2023:61).
- ATSJ Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5369).
- SAP Las Palmas, 113/2002, de 12 de julio (ECLI:ES:APGC:2002:1752).
- SAP Melilla 8/2004 de 16 de febrero (ECLI:ES:APML:2004:32).
- SAP Almería, 32/2005, de 1 de febrero (ARP/2005/747).

AAP Sevilla 109/2005, de 17 de marzo (JUR/2005/138831).

SAP Madrid 30/2006, de 2 de marzo (JUR 2006/149627).

SAP Cáceres 122/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2017:122).

SAP Huelva 88/2018, de 2 de marzo, (ECLI:ES:APH:2018:145).

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS¹

Francisco Salvador de la Fuente Cardona

Universidad Complutense de Madrid

Title: *Dogmatic and Case Law Analysis of the Crime of Smuggling of Migrants*

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de tráfico de personas desde las fuentes dogmáticas y jurisprudenciales disponibles. Para ello, en primer lugar, se aborda la normativa internacional y europea en la materia, de gran influencia para el legislador nacional. En segundo lugar, el trabajo se centra en la regulación interna. Se aborda la delimitación de dicho delito frente al delito de trata de seres humanos y de ayuda a la inmigración irregular; la discusión sobre el bien jurídico protegido, sobre los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo, se exponen los subtipos agravados y el subtipo atenuado y, por último, se ofrece una reflexión sobre la posible aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

Palabras clave: Derecho penal, tráfico de personas, política migratoria

Abstract: *The aim of this paper is to analyse the crime of human smuggling from the dogmatic and case law sources available. To do so, firstly, it deals with the international and European regulations on the subject, which have a significant influence on national legislators. It deals with the delimitation of this crime in relation to the crime of trafficking in human beings and aiding irregular migration, the discussion on the protected legal interest, the elements of the objective and subjective type, the aggravated subtypes and the attenuated subtype and, finally, it offers a reflection on*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión» (PID2019-105778RB-I00), cuya IP es Margarita Martínez Escamilla. Agradezco a los/las evaluadores/as anónimos/as sus comentarios, los cuales han sido de gran ayuda para mejorarlo.

the possible application of the humanitarian aid excuse to exonerate from prosecution.

Key Words: *Criminal law, Smuggling of Migrants, Migration Policy*

Sumario: 1. Introducción. - 2. La preocupación de los Estados ante el fenómeno migratorio: las iniciativas de criminalización en la normativa universal y europea. - 2.1. Ámbito universal. - 2.2. Ámbito de la Unión Europea. - 3. El delito de tráfico de personas en la normativa y en la práctica jurisprudencial española. - 3.1. Distinción frente a otras figuras delictivas: trata de seres humanos y ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular. - 3.2. Bien jurídico protegido. - 3.3. Tipo objetivo y tipo subjetivo. - 3.4. Modalidades agravadas. - 3.4.1. Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización criminal. - 3.4.2. Cuando se hubiere puesto en peligro la vida o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves. - 3.4.3. Cuando el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. - 3.5. Modalidad atenuada. - 3.6. Sobre la aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria. - 3.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica. - 4. Conclusiones. - 5. Bibliografía.

1. Introducción

1. Uno de los asuntos que ha adquirido más actualidad en las últimas décadas es la gestión, el abordaje que nuestros Estados están haciendo de los crecientes flujos migratorios. Los datos revelan que estamos ante una nueva realidad: el número de migrantes internacionales se encuentra a nivel mundial en su máximo histórico desde que se recopilan estadísticamente y la tendencia no tiene visos de que en un futuro vaya a ser revertida.

Si tomamos la información del Portal de Datos sobre Migración, que es un portal dependiente de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), podemos comprobar que en 2020 el número de migrantes internacionales ascendía a más de 280 millones de personas, es decir, más de cinco veces la población de España. El país que mayor número de migrantes recibe es EEUU (con algo más de 50 millones), en segundo lugar, Alemania (con 16 millones) y, en tercer lugar, Arabia Saudí (con 13,5 millones). España no está a la cabeza, pero sí se encuentra entre los países que reciben más inmigración. Así, en el año 2020 la cifra estimada superaba los 6,8 millones de personas, volviendo a números similares a los años previos al estallido de la crisis económica. Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística (INE) informa que a 1 de enero de 2024 el número de residentes en España que ha nacido en el extranjero asciende a casi nueve millones de personas.

2. El deseo y propósito de migrar de tantos millones de personas y los obstáculos y dificultades burocráticas a las que se enfrentan han sido aprovechados tanto por grupos de criminalidad organizada como por particulares². El objetivo ha sido y continúa siendo obtener ingentes

² CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes», *Revista Sistema Crítico Penal*, núm. 2, 2021, p. 49,

rendimientos económicos de la desesperación de quienes no han podido acceder a los cauces regulares de entrada o tránsito por terceros países, ofreciendo un «servicio» de tráfico en el que a menudo se agrava la situación de vulnerabilidad del migrante, teniendo que aceptar precios desorbitados e indignas condiciones de traslado. Además, si estos flujos migratorios al margen de los cauces regulares se producen en gran número pueden poner en jaque la capacidad de acogida de los Estados receptores.

En el presente trabajo nos proponemos como objetivo analizar la respuesta que el ordenamiento penal español ofrece a dicha clase de conductas de tráfico de personas. Para ello, en primer lugar, examinamos el marco de la normativa internacional y europea en la materia, ya que ha influido decididamente en el legislador nacional. Y, en segundo lugar, nos adentramos en la regulación española, acudiendo a las fuentes doctrinales y a la jurisprudencia. Los aspectos que abordamos son los siguientes: la delimitación de la figura de tráfico de personas de otros delitos afines como la trata de seres humanos y el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular; el bien jurídico protegido por el delito de tráfico; los elementos del tipo objetivo y subjetivo; las modalidades agravadas y el subtipo atenuado; y la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

2. La preocupación de los Estados ante el fenómeno migratorio: las iniciativas de criminalización en la normativa universal y europea

1. Durante la década de 1990, tras el final de la Guerra Fría y en un momento en el que la apertura y el multilateralismo se abrían paso, hemos vivido diferentes iniciativas políticas a favor de la protección de los derechos humanos con trascendentales consecuencias para el Derecho penal³.

pone de manifiesto que EUROPOL e INTERPOL estiman que más del noventa por ciento de los inmigrantes que llegan a la Unión Europea «lo hacen empleando los servicios de traficantes».

³ Una de sus consecuencias es que ya tras la II Guerra Mundial, y no exento de limitaciones, se introdujo el principio de responsabilidad individual propio del Derecho penal en el ordenamiento internacional (penal), AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en Derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del Derecho penal internacional consistente», *Derecho y Persona*, núm. 68, 2013, pp. 10-11; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007, pp. 41 y ss.

2. Una de las iniciativas que ha transformado nuestro sector del ordenamiento ha sido la relativa al fenómeno migratorio, que mayoritariamente se ha relacionado con la delincuencia organizada como síntoma, aunque a nuestro juicio su origen o causa reside en las crecientes desigualdades⁴. Este ha merecido la atención tanto de la comunidad internacional a través de los mecanismos codificadores ofrecidos en el sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como en el ámbito regional más integrado que representa la Unión Europea (UE).

Con carácter general, podemos afirmar que los Estados han prestado su consentimiento para autoimponerse una serie de obligaciones «tipificadoras» en materia penal. En este trabajo nos centramos en la criminalización de aquellos comportamientos que calificamos como tráfico de personas.

En la medida en que la normativa internacional no es homogénea y ha influido decisivamente en la legislación española, resulta necesario repasar su contenido antes de acudir al ámbito nacional.

2.1. *Ámbito universal*

1. En el plano universal, durante la década de 1990 la comunidad internacional mostró a través de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), entre otros cauces, su profunda preocupación por el auge de la criminalidad organizada y la necesidad de que los Estados cooperasen en su erradicación⁵. A partir de la Resolución núm. 85 (52), de 30 de enero de 1998, de Seguimiento de la Declaración Política y Plan de Acción

⁴ Esto ha potenciado un enfoque actuarial y preventivo del Derecho penal: se han elaborado categorías de sujetos de riesgo (criminal), como los inmigrantes irregulares, y se ha entendido la criminalidad como fenómeno social no susceptible de desaparición, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 145 y ss.; el mismo, *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011, pp. 32 y ss., añade su alteridad negativa.

⁵ Se pueden ver, entre otras, la Resolución AGNU núm. 159 (46), de 18 de diciembre de 1991, de elaboración de un programa eficaz de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal [A/46/704/Add.1]; Resolución AGNU núm. 159 (49), de 24 de febrero de 1995, declaración política y plan de acción de Nápoles contra la delincuencia transnacional organizada [A/49/606]. Sobre el contexto político previo a la aprobación del Convenio contra la Criminalidad Organizada Transnacional, resulta esclarecedor el texto de TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime», *Journal of Illicit Economies and Development*, núm. 2 (1), 2021, pp. 54 y ss.; también, SORIANO GATICA, J.P., «Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm.108, 2014, pp. 146 y ss.

Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, se asume como una de las actividades propias de estas organizaciones «el tráfico de migrantes ilegales». Aunque la referencia al mismo apareció puntualmente con anterioridad en algunas resoluciones⁶, a partir de este momento la codificación que se propuso en el ámbito de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional no va desconocer el fenómeno migratorio⁷ y, en especial, las actividades delictivas que están íntimamente ligadas al mismo, como son el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos⁸.

2. Esta preocupación condujo a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convenio de Palermo⁹, aprobada por Resolución de la AGNU núm. 25 (55), de 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor en 2003¹⁰. Con carácter general, la Convención prevé una serie de medidas

⁶ PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas», en Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 41, «debe destacarse sobre todo la Resolución 48/102, sobre Prevención del tráfico de indocumentados, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993».

⁷ También MAPELLI CAFFARENA, B., «Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual», *La Ley Penal*, núm. 59, 2009, p. 2, señala dicha fecha como «referencia a partir de la cual se observa una intensa preocupación en las instituciones internacionales» por estos fenómenos; GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005, p. 841, adelanta este interés a «la Resolución 1995/10 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [que] instó a los Estados a instaurar leyes penales nacionales para luchar contra todos los aspectos del tráfico ilegal de personas indocumentadas»; de la CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, p. 196.

⁸ La Resolución AGNU núm. 85 (52), de 30 de enero de 1998, en su apartado 15 decide establecer un grupo de expertos intergubernamental «con el fin de elaborar un anteproyecto de convenio internacional amplio de lucha contra la delincuencia transnacional organizada» y, más adelante, solicita a dicho grupo de expertos que «considere también la posibilidad de indicar la necesidad que pueda haber de disposiciones especiales relativas a determinados tipos de delitos, tales como la trata de niños,... el tráfico de migrantes ilegales, ... y otros delitos que puedan ser objeto de instrumentos internacionales, con prescindencia de si esos instrumentos están vinculados al proyecto de convenio o son independientes de éste» [A/RES/52/85]; añadiendo la Resolución AGNU núm. 111 (53), de 20 de enero de 1999, la «trata de mujeres» y al tráfico ilícito de migrantes «el transporte de éstos, incluso por mar» [A/RES/52/111].

⁹ La referencia a Palermo es porque dicha ciudad italiana fue la anfitriona de la conferencia política para la firma de la Convención y sus Protocolos.

¹⁰ Según UNODC, «Módulo 3. Marco jurídico internacional», en *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*, Nueva York, 2011, p. 9, «la Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003», aunque otras fuentes sitúan la entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003, justo tras los noventa días que menciona el art. 38 de la Convención: «La presente Convención entrará en vigor el noagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión». En este segundo sentido, TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History», p. 61.

orientadas a la lucha contra la criminalidad organizada. Así, en materia penal establece varias obligaciones «tipificadoras» como la participación en un grupo delictivo (art. 5), el blanqueo del producto del delito (art. 6), la corrupción (art. 8) o la obstrucción de la justicia (art. 23). Junto con ello se recogen otras medidas dirigidas a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de estas actividades delictivas, procurando la armonización y cooperación entre los Estados parte¹¹.

Como hemos introducido, la preocupación por el fenómeno migratorio al margen de los cauces regulares y las actividades criminales en que desembocan, principalmente, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes¹², impulsaron la redacción y aprobación de dos Protocolos anejos al Convenio de Palermo, rubricados como «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños» y «Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire». El segundo es el que regula la materia aquí abordada y, por ello, procedemos a su análisis. Baste previamente señalar que la relación entre la Convención y sus Protocolos se caracteriza por lo siguiente: (i) para ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones internacionales deben ser parte en la Convención —art. 37.1 Convención—; (ii) las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa —art. 1.2 Protocolo—; y (iii) los delitos tipificados en el Protocolo se consideran tipificados con arreglo a la Convención —art. 1.3 Protocolo—.

2.1. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire consta de cuatro títulos denominados «Disposiciones generales», «Tráfico ilícito de migrantes por mar», «Medidas de prevención, cooperación y otras medidas» y «Disposiciones finales». Desde nuestra perspectiva interesan las definiciones y las obligaciones de tipificar previstas en su primer título. En el art. 6 a) se establece la obligación de tipificar el delito de tráfico de personas en los siguientes términos: «cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para *tipificar como delito*, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material: a) El tráfico ilícito de migrantes» (cursivas nuestras). El Protocolo acota en el art. 3 a) lo que los Estados comprenden por «tráfico ilícito de migrantes» y lo define como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, di-

¹¹ Un breve resumen se puede ver en UNODC, «Módulo 3. Marco jurídico internacional», en *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*, pp. 2 y ss.

¹² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 46 y ss., recuerda que la traducción de los términos originales del inglés al español generó algunas dudas, quedando entendido el término «*smuggling*» como tráfico (de personas) y el término «*trafficking*» como trata (de seres humanos).

recta o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material».

Los elementos del tipo objetivo de esta definición del tráfico de personas son: (i) el verbo «facilitar», que se entiende como hacer posible la ejecución de la entrada; (ii) la «entrada ilegal» de una persona, que el Protocolo interpreta de manera original como el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (art. 3 b); y (iii) que la entrada se produzca en un Estado parte de la Convención por quien no sea nacional o residente. En cuanto a los elementos del tipo subjetivo identificamos: (i) la exigencia de dolo, en particular, de dolo directo, ya que el art. 6 del Protocolo emplea el término «intencionalmente»; y (ii) una suerte de ánimo de lucro, dado que el Protocolo exige que tal facilitación a la entrada irregular se lleve a cabo «con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material».

2.2. De la concurrencia de estos elementos del tipo se deben destacar dos ideas. Primero, y como profundizaremos más adelante, identificamos tres elementos típicos que diferencian el tráfico de personas de la trata, a saber, la prestación de consentimiento por el migrante (siempre revocable), el carácter transnacional del traslado y la ausencia de fines de explotación, dado que la fuente de beneficios del traficante suele residir en los honorarios del traslado¹³. Y, en segundo lugar, también debemos destacar de esta definición típica (i) que el tráfico se entiende en un sentido mercantil, ya que se exige que el sujeto activo persiga obtener un beneficio, por lo que no parecen subsumibles conductas de mera ayuda al tránsito de personas; y (ii) que siempre debe llevarse a cabo por una organización criminal en el sentido del art. 2 del Convenio¹⁴.

Estos últimos elementos de la definición típica, es decir, la obtención de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y la pertenencia del sujeto activo a una organización criminal, son característicos del Convenio de Palermo. En el ámbito estatal y regional se han considerado como elementos disponibles y se han previsto únicamente como circunstancias agravantes, lo que ha ampliado el elenco de conductas po-

¹³ En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *InDret*, núm. 1, 2010, p. 8; ahora bien, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, p. 225, matiza que son fenómenos «conceptualmente alejados cuando se traducen en las conductas menos graves, pero que se superponen y solapan en la práctica y, de manera acentuada, en los casos más extremos».

¹⁴ El art. 2 a) del Convenio de Palermo establece que «por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

tencialmente delictivas¹⁵. Sobre su incorporación en la normativa interna y europea volveremos enseguida, concretemos ahora su presencia en la norma internacional, ¿hasta dónde llega el acuerdo de los Estados en la criminalización del tráfico ilícito de migrantes?

En primer lugar, para evaluar hasta dónde quieren llegar los Estados procede atender al elemento «beneficio» financiero o de orden material. Si tenemos en cuenta que este elemento del tipo no se define en la Convención ni en el Protocolo, entonces suele ser bastante clarificador cuando analizamos textos internacionales acudir a los trabajos preparatorios de las delegaciones que participaron en su elaboración, dado que ofrecen una muestra fehaciente de la voluntad del aquí legislador e, incluso, pueden llegar a contribuir a la formación de una costumbre internacional¹⁶. En este sentido, resulta particularmente útil el «Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a undécimo», que en su Adición toma como punto de partida las notas interpretativas que las delegaciones acordaron hacer a dicho elemento.

En referencia al Protocolo afirma que «en los *travaux préparatoires* se indicará que la inserción en la definición del apartado a) de una referencia a “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o por vínculos familiares estrechos. *El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los*

¹⁵ El creciente carácter disponible o agravante que se viene atribuyendo a la pertenencia a una organización criminal se refleja en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195), el cual no menciona este elemento: «Nos comprometemos a intensificar los esfuerzos conjuntos por prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes», mediante la adopción de «medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes cuando sea intencionado y tenga por fin reportar, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros beneficios materiales al traficante». Como señala DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración», *Revista Penal*, núm. 4, 2013, p. 66, algunos Estados, como Alemania e Italia, no solo han prescindido de estos elementos, sino que también han ignorado el art. 5 del Protocolo y han criminalizado al migrante objeto de las conductas descritas, es decir, al migrante que entra o reside irregularmente en su territorio. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baviera, de 7 de octubre de 2022 condena por el delito de estancia irregular previsto en el § 95 Abs. 1 de la AufenthG (BayObLG, Urteil v. 07.10.2022 – 202 StRR 81/22).

¹⁶ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* [traducción a cargo de Gutiérrez Rodríguez, M.], 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 114-117.

familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas»¹⁷ (cursivas nuestras).

Los Estados participantes en la elaboración han propuesto una regulación que persigue penalmente a los traficantes de personas en su acepción mercantil, es decir, el tráfico de personas *stricto sensu* y no cualquier tipo de ayuda a la inmigración irregular. De hecho, el trabajo publicado en 2017 por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, en sus siglas en inglés) titulado en su versión original «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol»¹⁸ recuerda que la Guía Legislativa para implementar el Convenio de Palermo afirma que la referencia al ánimo lucro se introdujo para excluir a los grupos puramente políticos y los motivos sociales¹⁹.

En este sentido, si acudimos a la Guía Legislativa de implementación del Protocolo, se insiste en que la intención de los Estados solo es la de criminalizar conductas de tráfico de migrantes llevadas a cabo por organizaciones criminales con el propósito de obtener un beneficio²⁰. Asimismo, en el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre el «Examen del elemento “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes» de cara la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes (GTTIM), se expresa que «el Protocolo no pretende que se enjuicie a quienes actúan con intención humanitaria o en función de vínculos familiares estrechos sin el propósito de obtener un beneficio... y no puede utilizarse como base jurídica para enjuiciarlos»²¹. En palabras de Martínez Escamilla, a

¹⁷ AGNU, «Adición. Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos», en *Informe del Comité Especial*, par. 88 [A/55/383/Add.1].

¹⁸ UNODC, «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol», Nueva York, 2017, pp. 7-15.

¹⁹ UNODC, «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol», p. 10, «la Guía legislativa profundiza en este tema, afirmando que la referencia al “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” pretendía efectivamente excluir a los grupos con motivos puramente políticos o sociales».

²⁰ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Nueva York, 2004, p. 341, «la intención de los redactores era exigir a los legisladores que tipificaran delitos aplicables a quienes trafiquen con otras personas con fines lucrativos, pero no a quienes únicamente facilitan su propia entrada ilegal o la entrada ilegal de otras personas por motivos que no fueran lucrativos, como las personas que introducen ilegalmente a miembros de su familia o las organizaciones caritativas que ayudan en el traslado de refugiados o solicitantes de asilo».

²¹ GTTIM, «Examen del elemento “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría», Viena, 2017, p. 4 [CTOC/COP/WG.7/2017/4]; además, el GTTIM, «Informe de la reunión del GTTIM celebrada en Viena del 11 al 13 de septiembre de 2017», Viena, 2017, p. 3, señala que «los Estados partes deberían, cuando sea apropiado, dar prioridad a las investigaciones y actuaciones judiciales que se refieran a casos de

la luz del Protocolo «por tráfico habría que entender la *ayuda interesada a la migración irregular*»²² (cursivas nuestras).

Con respecto al segundo elemento delimitador del ámbito de dicha conducta en el Protocolo, el art. 4 señala con claridad que «se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6... cuando esos delitos sean de carácter transnacional y *entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*» (cursivas nuestras). Por tanto, el sujeto activo no puede ser un individuo sin más, debe pertenecer a un grupo delictivo organizado en el sentido del art. 2 del Convenio²³.

La exigencia de que se actúe desde un grupo delictivo organizado guarda su sentido por el instrumento normativo al que se adhiere el Protocolo, es decir, a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y responde a una realidad criminal cuantitativamente muy numerosa. Sin embargo, como veremos, este elemento no es requerido por la legislación europea ni española ni podremos decir, a diferencia del ánimo de lucro, que sea constitutivo de la definición ampliamente aceptada del tráfico de personas.

2.3. A la luz de estos elementos del tipo, uno de los debates que se ha suscitado es el relativo al bien jurídico protegido por el tipo penal que configura el Protocolo anejo al Convenio de Palermo, ya que condiciona el alcance del mismo.

En primer lugar, descartamos la posibilidad de que se protejan exclusivamente los derechos individuales de los extranjeros. Si el delito de tráfico de personas protegiera los derechos individuales del migrante, su consentimiento permitiría entrar a valorar si se impide la consumación del delito, esto es, cabría el debate sobre si el bien jurídico de que se trata es o no disponible. Sin embargo, este delito parece presumir el consentimiento de un migrante que no es víctima, sino objeto del traslado²⁴.

tráfico ilícito de migrantes en que exista un claro beneficio financiero» (recomendación 13) [CTOC/COP/WG.7/2017/5].

²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmática y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 45.

²³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 48; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 27, destaca que «la existencia de estas redes, en las que las personas son tratadas como mercancía, supone ante todo un peligro para quien recurre a las mismas... [además] suponen en sí mismas un importante factor criminógeno. En cuanto formas de criminalidad organizada le son inherentes el soborno, la corrupción o el blanqueo de capitales».

²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 522 y ss., recuerda que los efectos del consentimiento no tendrán lugar «en los delitos contra la colectividad [como el aquí configurado], puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recaee sobre una persona concreta»; por ello, LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección

Además, si afirmamos que se protege un bien jurídico individual, una interpretación coherente traería consigo que, en tanto el tenor literal del Protocolo castiga «la facilitación de la entrada ilegal de *una* persona» (cursivas nuestras), haya que condenar por cada persona cuya entrada ilegal se facilita, lo que no parece responder a la voluntad del legislador. Este modo de ver las cosas permite advertir que sólo en los tipos agravados se incluyen conductas generadoras de, al menos, una puesta en peligro de los bienes personales de los migrantes (art. 6.3). Estos no informan el tipo básico, sino que se toman en cuenta exclusivamente como circunstancia agravante.

De modo similar, podríamos pensar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo con dos objetos de protección concurrentes. Por un lado, y con base en el principio de soberanía estatal heredero de la Paz de Westfalia, podríamos identificar el derecho de los Estados a controlar los flujos migratorios hacia su territorio y todo aquello que por ello se puede ver amenazado, esto es, la protección del orden social, cultural y económico de una determinada sociedad. Por otro lado, simultáneamente se podrían estar protegiendo los derechos de los migrantes tanto por el trato y las condiciones recibidas durante el tránsito, al preverse dichas circunstancias agravantes en el art. 6.3 del Protocolo²⁵, como por el tránsito en sí mismo, convirtiendo en muchas ocasiones al migrante en mera mercancía, cosificando su persona y siendo colocado en una situación de absoluta vulnerabilidad, expuesto al circunstancial parecer de los miembros de la organización criminal²⁶.

Sin embargo, esta interpretación que ve el delito de tráfico de personas como un delito pluriofensivo conlleva las mismas consecuencias

penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008, p. 236, critica que en la definición de la conducta punible «la voluntad del transportado, su mayor o menor libertad de decisión en el caso concreto, no juega papel alguno»; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 103, añade desde la perspectiva del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» que el consentimiento es irrelevante por ser derechos irrenunciables.

²⁵ De acuerdo con el art. 6.3 se considerarán circunstancias agravantes que se «ponga en peligro o pueda ponerse en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o [se] dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación».

²⁶ A favor de una interpretación en este sentido, ESCOBAR VEAS, J., «El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 2019, p. 7, además de proteger la política migratoria del Estado, sería «un delito de peligro abstracto, destinado a proteger los derechos de los migrantes: su integridad física y patrimonio. Tal peligro surge, entre otros, de la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el migrante, de las condiciones en que comúnmente se lleva a cabo el transporte y en su explotación patrimonial»; MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p. 329.

rechazables que dificultan la admisión de un único bien jurídico individual.

Sentado lo anterior, parece más adecuado mantener que el bien jurídico protegido es únicamente el control de los flujos migratorios de manera inmediata y, mediatamente, el orden socioeconómico y cultural en un determinado Estado²⁷. El primer argumento para extraer esta conclusión procede de la literalidad del art. 2 del Protocolo, rubricado «finalidad», donde se expresa que su propósito es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte. El Protocolo reconoce en su art. 2 que también se persigue la protección de los derechos de los migrantes pero, y esto solo en la versión española, en tanto «objeto» de dicho delito y no como colectivo de víctimas o sujetos pasivos del mismo²⁸. Y, segundo, no está claro qué derechos de los migrantes se estarían protegiendo y si esta tutela se refiere al estatuto del extranjero regular en el Estado parte o a los derechos que el ahora migrante tenía reconocidos en su Estado de procedencia.

3. En conclusión, lo importante del Protocolo es interiorizar que el delito de tráfico de personas no consiste en el mero favorecimiento de la inmigración irregular. El «tráfico» debe ser entendido *stricto sensu*, ya que se exige que concurra ánimo de lucro (en sentido amplio) y, además, por el instrumento contra la criminalidad organizada en el que se ubica, que la conducta se haya cometido actuando desde una organización criminal.

En el tipo básico que configura el Protocolo el migrante no es sujeto pasivo, constituido por el Estado de entrada o tránsito, sino objeto material del delito, porque es aquello sobre lo que la acción recae. Para esta normativa el traslado es inseparable del migrante irregular. El traslado es disvalioso por la situación de irregularidad administrativa de la persona cuyo transporte se favorece y por su finalidad lucrativa.

No creemos que la obligación de tipificar que recoge el Protocolo represente un uso desproporcionado del Derecho penal que tensione su legitimidad. El ejercicio de soberanía estatal que constituye la política

²⁷ En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 8; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 49, «la norma dispuesta por el Protocolo no parece ir destinada a proteger a los extranjeros objeto del desplazamiento»; PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico», p. 39.

²⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 65, entiende que el bien jurídico protegido por el Protocolo son «los intereses del territorio de un Estado-parte»; por su parte, el art. 4 del Protocolo en su versión original en inglés y en la española también se refiere a los migrantes como «objeto» del delito.

migratoria es un bien jurídico colectivo y, pese a que en un sistema presidido por el individualismo normativo se le atribuye menor prioridad axiológica, en estos casos los Estados parte se protegen frente a las modalidades de ataque más graves, ya que, a diferencia de los comportamientos que a veces se tipifican en el ámbito interno, estas conductas sí pueden ser aptas para desplazar a miles de personas en un breve periodo de tiempo.

Veamos, a continuación, la normativa en el ámbito de la Unión Europea y las características que la diferencian del Convenio de Palermo.

2.2. *Ámbito de la Unión Europea*

1. Mencionado el plano normativo universal en la materia, nos dirigimos ahora a analizar el tratamiento del tráfico y ayuda a la inmigración irregular en el ámbito regional de la Unión Europea. Del mismo modo que señalamos para la ONU, los Estados de la UE empezaron a admitir la necesidad de una política conjunta contra la criminalidad organizada y la gestión de los flujos migratorios durante los años noventa. Aunque la podemos considerar como una preocupación en formación durante los años precedentes²⁹, generalmente se indica como punto de partida las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (1999), que puso de manifiesto la necesidad «de que se gestionen de forma más eficaz los flujos migratorios en todas sus etapas» (par. 22). Este asunto ha merecido atención e impulso posteriormente, con programas como el denominado «Programa de La Haya» (2004)³⁰ y el «Programa de Estocolmo» (2009).

Ha sido durante la última década cuando el fenómeno migratorio ha exigido una mayor atención de los Estados de la UE por su especial intensidad, impulsado por la desestabilización de Estados como Siria, Iraq, Yemen o Ucrania, la amenaza del terrorismo islamista y el estancamiento económico³¹. Entre otros hitos, en 2015 se aprobó la «Agenda

²⁹ CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en Zamora Jiménez, A. (Dir.), *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel Editor, México, 2006, n. 18, señalan la Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE sobre la política de inmigración y derecho de asilo, de 16 de octubre de 1995, la Recomendación del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1997, sobre inmigrantes clandestinos, entre otras; también, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 184-185; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, pp. 94 y ss.

³⁰ PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico», p. 47.

³¹ GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)», *Revista de*

Europea de Migración»³² que ha dado lugar a la puesta en marcha de nuevas iniciativas de diversa naturaleza (consolidación de programas de desarrollo en los países de origen y tránsito, actividades de control y defensa de las fronteras, repatriaciones voluntarias y forzosas o en materia de asilo) con la movilización de cuantiosos recursos³³.

En particular, la Agenda Europea de Migración se propuso el objetivo de lograr que el tráfico ilícito de migrantes dejase de ser un tipo de operación «de bajo riesgo y alto rendimiento» para convertirse en un tipo de actividad «de alto riesgo y bajo rendimiento»³⁴. Con este objetivo en mente, se aprobó el «Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)» y, más recientemente, se ha adoptado el «Plan de Acción renovado de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2021-2025)». Ambos planes proponen combinar el control de las fronteras y la lucha contra las organizaciones que se lucran a través de esta actividad con la protección de los migrantes de cuya situación de vulnerabilidad se aprovechan³⁵. No obstante, con carácter general, podemos afirmar que se ha mantenido una política migratoria bastante defensiva difícilmente coherente en algunos puntos con los principios declarados y que informan la Unión Europea³⁶.

Derecho de la Unión Europea, núm. 32, 2017, p. 97, enfatiza que «seis cumbres sobre migración ha celebrado ya la UE entre 2015 y 2016. Y, sin embargo, la solución a la crisis de los refugiados aún parece lejana».

³² Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración», Bruselas, 2015 [COM(2015)240final].

³³ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», Bruselas, 2019 [COM(2019)126final], p. 10, se señala que en la lucha contra las redes de tráfico «en Níger, los equipos de investigación conjunta en los que participan autoridades nigerianas, francesas y españolas han propiciado la incoación de más de 200 acciones penales».

³⁴ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración», Bruselas, 13 de mayo de 2015, p. 10, (COM(2015) 240 final).

³⁵ Particularmente novedosa es la denuncia que hace el último Plan de Acción, en el que también se acusa a terceros Estados de instrumentalizar la inmigración «con fines políticos». Sorprende que solo se señale expresamente a Bielorrusia (p. 6).

³⁶ GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea», p. 87; BARBERO GONZÁLEZ, I., «Lectura contemporánea del régimen de frontera en Europa: un coste inhumano», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 46, 2017, «el coste humano aunque siempre ha sido elevado, hoy en día es excesivo y dramático, inhumano si cabe»; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, núm. 3, 2009, p. 8, «los movimientos migratorios se han convertido en el talón de Aquiles de los derechos humanos»; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Pero realmente existe una política europea de inmigración?», *Eikasia. Revista de Filosofía*, año II, núm. 10, 2007, p. 51, «los intentos por regular —o más bien yugular— la inmigración nos enfrentan a la postre a lo que constituye una negación de las libertades que [la] UE aspira a asegurar».

2. La versión actual del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prevé expresamente la asunción de esta materia como competencia compartida con los Estados miembros³⁷.

Si queremos partir de las bases competenciales vigentes, debemos recordar que el art. 3.2 TUE establece que «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de *control de las fronteras exteriores*, asilo, *inmigración* y de prevención y lucha contra la *delincuencia*» (curativas nuestras). En desarrollo del mismo, el art. 4.2 j) TFUE prevé como competencia compartida el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia y, entre sus manifestaciones, el Título V TFUE contiene un Capítulo II rubricado «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración», cuyo art. 79.1 señala que «la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios»³⁸. También su Capítulo IV, rubricado «Cooperación judicial en materia penal», describe en el art. 83 la posibilidad de aproximar las legislaciones penales en los ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza, así como cuando sea necesario para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados³⁹.

Junto con este Derecho originario resultante del Tratado de Lisboa, debemos mencionar también el denominado «acervo de Schengen», concebido inicialmente al margen de las entonces Comunidades Europeas e incorporado dentro de la Unión a partir del Tratado de Ámsterdam como una cooperación reforzada⁴⁰. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen recoge en su art. 3.2 que los Estados «se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas» y en su art. 27.1 señala que los Estados «se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros».

³⁷ Sobre la progresiva asunción por la UE de competencias en materia penal hasta el vigente Tratado de Lisboa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, pp. 164-184.

³⁸ La evolución sobre los precedentes del espacio de libertad, seguridad y justicia y su actual regulación se puede ver en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85 y ss.

³⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, pp. 169 y ss.

⁴⁰ Un resumen sobre las vicisitudes de esta incorporación se puede ver en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, pp. 113 y ss.

De este modo, podemos afirmar que la regulación del delito de tráfico de personas y de ayuda a la inmigración irregular que encontramos en nuestra legislación nacional procede, en buena medida, de las orientaciones del legislador de la Unión, aunque no pueda hablarse todavía de una política europea integral en materia de migración⁴¹. Pese a ello, una primera aproximación al ordenamiento de la UE nos muestra una ingente producción normativa que aborda el fenómeno migratorio desde distintas perspectivas⁴².

3. Acotando nuestro objeto de estudio a la criminalización del tráfico de personas, lo primero que debemos señalar es que, del mismo modo que en el plano internacional, también la normativa de la UE lo ha disociado del delito de trata de personas.

En cuanto al marco normativo, la orientación que impulsa el Consejo Europeo de Tampere, continuada en sucesivos encuentros como el de Sevilla, se materializó en la aprobación de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, «destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares». Esta Directiva fue complementada por la Decisión Marco 2002/956/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, «destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares». Desde 2002 estos instrumentos se han mantenido estables y en vigor, aunque contamos con nueva normativa que, en su objetivo por controlar los flujos migratorios, ha impuesto obligaciones «tipificadoras» adicionales a los Estados miembros⁴³.

⁴¹ MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 3, «la Unión Europea, pues, tan sólo establece una serie de competencias de naturaleza compartida entre ella y sus Estados miembros que configuran una política de mínimos», ahora bien «el aspecto de la política migratoria que más acuerdo obtiene por parte de los Estados miembros [es] la lucha contra la inmigración ilegal»; para GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, p. 177, esta competencia compartida «genera un auténtico círculo perverso a la hora de plantearse toda tentativa de actuación por parte de la UE».

⁴² Entre otras, Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales extranjeros de terceros países; Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de personas transportadas; Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2009/52/CE del PE y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; o Directiva 2011/36/CE del PE y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁴³ Baste señalar la Directiva 2009/52/CE del PE y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales

La Directiva 2002/90/CE impone a los Estados la obligación de tipificar como delitos una serie de comportamientos cuyo alcance es superior al que acabamos de señalar en el Protocolo adicional al Convenio de Palermo⁴⁴. El considerando número 2 de la Directiva anticipa que es preciso «combatir la ayuda a la *inmigración clandestina*», ahora bien, «tanto la que se refiere al *cruce irregular* de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos» (cursivas nuestras). De este modo, el término empleado ya no es tráfico de personas sino «inmigración clandestina», a saber, la mera ayuda o favorecimiento al cruce irregular de fronteras.

El art. 1 de la Directiva 2002/90/CE recoge las conductas típicas que los Estados de la UE deben trasponer en sus ordenamientos internos.

En el art. 1.1 apartado a) se castiga a «cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a *entrar* en el territorio de un Estado miembro o a *transitar* a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros» (cursivas nuestras). Como vemos, las modalidades de conductas subsumibles en este primer apartado son la ayuda a la entrada y el tránsito de ciudadanos extranjeros vulnerando la respectiva legislación de un Estado miembro, sin exigirse ánimo de lucro ni que el sujeto activo pertenezca a una organización criminal⁴⁵. En cuanto al tipo subjetivo, queda reforzado por el término «intencionadamente», lo que se entiende como excluyente del dolo eventual. Ahora bien, en sintonía con lo señalado en la normativa universal, el art. 1.2 de la Directiva permite a los Estados no imponer sanciones por las anteriores conductas cuando su objetivo «sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate». Como veremos, esta posibilidad fue olvidada por el legislador español hasta la reforma operada por LO 1/2015.

Por su parte, el art. 1.1 apartado b) impone la adopción de sanciones «contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de

de terceros países en situación irregular, la cual ha dado lugar al art. 311 bis CP. No obstante, como recoge MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, p. 5, «permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia —para la presentación de denuncia— a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral» ex art. 13.3.

⁴⁴ Así, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 50, «la UE propone una prohibición de la promoción de la inmigración clandestina más severa que la ONU»; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», p. 54, «la Unión Europea, siguiendo una política migratoria cada vez más restrictiva, ha desarrollado una legislación comunitaria muy amplia y severa... alejándose de la concepción de tráfico como negocio propugnada por Naciones Unidas».

⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección penal de los inmigrantes», pp. 236-237, «nada impide que los derechos e intereses del inmigrante no se hayan visto comprometidos en modo alguno por las condiciones del traslado».

lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a *permanecer* en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros» (cursivas nuestras). En este caso, la conducta sancionada es la ayuda a permanecer con un elemento subjetivo adicional, la concurrencia de ánimo de lucro. A diferencia de la ayuda a la entrada o al tránsito, en estos casos la Directiva no recoge la posibilidad de que la legislación nacional excluya la pena por razones humanitarias, ni se exige que previamente el autor haya contribuido a la vulneración de la normativa de entrada.

Asimismo, y con el objetivo de evitar lagunas de punibilidad, el artículo 2 señala que los Estados «adoptarán las medidas necesarias» para velar por que se sancionen los casos de inducción, participación y tentativa de las tres conductas contempladas en el artículo 1 y que acabamos de mencionar⁴⁶.

En cuanto a las sanciones, el artículo 3 remite a la DM 2002/946/JAI y se limita a señalar que deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». En este sentido, la DM 2002/946/JAI prevé la aplicación de penas privativas de libertad acompañadas de medidas como el decomiso, la prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción y la expulsión (art. 1), así como sanciones a las personas jurídicas (art. 3).

Merece la pena anotar que el art. 1.3 DM 2002/946/JAI impone un límite de mínimos. Cuando la entrada o tránsito, así como su inducción, se cometa con ánimo de lucro y el autor pertenezca a una organización delictiva o se haya puesto en peligro la vida o integridad de los migrantes, entonces la pena de prisión no podrá tener un límite máximo inferior a ocho años.

4. En definitiva, la normativa europea impone la regulación interna del delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular, complementando el tráfico de personas previsto en el Protocolo adicional al Convenio de Palermo. Esta regulación se contiene en dos instrumentos que permanecen estables desde hace más de dos décadas, a saber, la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI.

⁴⁶ Art. 2 Directiva 2002/90/CE: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las sanciones contempladas en el artículo 1 se impongan, asimismo, a cualquier persona que: a) sea instigadora de alguna de las infracciones mencionadas en las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 1; o b) sea cómplice de algunas de esas infracciones; o c) intente cometer alguna de esas infracciones».

3. El delito de tráfico de personas en la normativa y en la práctica jurisprudencial española

1. A continuación nos adentramos en la normativa interna que regula el delito de tráfico de personas, para lo que abordaremos: primero, su delimitación frente a otras figuras delictivas como la trata de seres humanos y la ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular; segundo, el bien jurídico protegido; tercero, los elementos del tipo objetivo y subjetivo; cuarto, las modalidades agravadas; quinto, la modalidad atenuada; y, finalmente, la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

3.1. *Distinción frente a otras figuras delictivas: trata de seres humanos y ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular*

1. El tráfico de personas (*smuggling of migrants*) recibe un creciente eco mediático y, a veces, podría llegar a confundirse con otras realidades delictivas conectadas con el mismo y con las que guarda algunas similitudes. Esta situación aconseja que diferenciemos, en este epígrafe, el delito de tráfico de personas de dos figuras delictivas con las que comparte, no solo recorrido legislativo, sino también realidad criminológica⁴⁷, a saber, el delito de trata de personas (*trafficking in persons*) y el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular. La realidad práctica revela que la aceptación del traslado o el inicio de procesos migratorios para mejorar las expectativas vitales de los involucrados es una nota común a las tres figuras delictivas.

En el caso de la trata, nos encontramos ante un fenómeno delictivo que se caracteriza por la cosificación de la víctima (sea o no extranjera). Las sentencias que condenan por ambos delitos al mismo tiempo son numerosas, ya que la movilidad geográfica favorece el desarraigo y la vulnerabilidad de la víctima de trata, lo que facilita su posterior explotación⁴⁸. A la vista de esta proximidad casuística, el propio art. 177 bis 9 CP aclara

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011, p. 4, «pese a constituir el fenómeno de la trata y de la emigración realidades distintas, no puede desconocerse su íntima conexión».

⁴⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170. Son habituales los supuestos en los que se realiza una oferta fraudulenta de trabajo a personas en los países de origen que, engañadas, aceptan para mejorar sus condiciones de vida. El tránsito se produce de manera ilegal y, finalmente, una vez en nuestro país, son explotadas. Por ejemplo, la STS 396/2019 de 24 julio, confirma la condena por ambos delitos en un asunto similar con respecto a mujeres nigerianas.

que son comportamientos distintos y que no nos encontraríamos ante un concurso aparente de leyes, sino ante la aplicación simultánea de ambas figuras a través del concurso de delitos⁴⁹: «En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código».

En cuanto al delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, como hemos apuntado, se trata de una figura delictiva casi idéntica al tráfico de personas. Comparte sus elementos del tipo objetivo y solo se diferencia en el elemento subjetivo del injusto, ya que en el primero no se exige la concurrencia de ánimo de lucro. Pese a que la distinción reside en un único elemento, este resulta muy relevante porque permite diferenciar entre aquellos que altruista o desinteresadamente ayudan a un extranjero al cruce irregular de fronteras y aquellos que hacen negocio de la desesperación de quienes ven obstaculizados sus proyectos migratorios y convierten esa ayuda en una actividad económica profesional. En consecuencia, habitualmente se pone en duda la legitimidad del delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, pero no del tráfico de personas⁵⁰.

En este epígrafe presentamos una aproximación a ambas figuras y tratamos de dejar delimitados sus contornos, para diferenciarlas con claridad y evitar confusiones en el ulterior análisis del delito de tráfico de personas.

2. En primer lugar, nos ocupamos del delito de trata de personas. Como ha puesto de manifiesto Villacampa Estiarte, estamos ante una figura delictiva cuya incriminación se ha dictado desde el ordenamiento internacional, por lo que resulta necesario aludir al mismo para explicar sus notas configuradoras⁵¹. En lo que sigue exponemos los elementos que caracterizan la trata y aquello que la diferencia del delito de tráfico de personas.

2.1. La configuración contemporánea del delito de trata de seres humanos encuentra su marco legal en el plano universal también en uno de

⁴⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 170.

⁵⁰ Me he mostrado crítico en DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 181, con la «voluntad de criminalización totalizadora» del legislador europeo y español.

⁵¹ En este sentido, ya lo anuncia el subtítulo de la monografía de VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; *la misma*, «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, p. 821, «a dicha incriminación venía obligada España como consecuencia de los compromisos asumidos en documentos emitidos a nivel internacional o regional en cuya elaboración se ha intervenido».

los protocolos adicionales del Convenio de Palermo, denominado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado el 15 de noviembre de 2000. Este Protocolo ofrece un enfoque renovado del delito de trata de personas, porque aún a dos nociones que hasta entonces reflejaban realidades distintas. Por un lado, la tradicional *trata de esclavos*, que normalmente se asociaba a los fines de explotación laboral y, por otro lado, la denominada *trata de blancas*, que se empleaba para aludir a supuestos de explotación sexual⁵².

El art. 3 a) del Protocolo construye el delito de «trata de personas» sobre tres pilares, que son (i) un determinado tipo de acción, (ii) el medio comisivo y (iii) la finalidad perseguida.

Las acciones y los medios empleados forman parte del *tipo objetivo*, de aquella dimensión del hecho exteriorizada. Las *acciones* típicas son la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas⁵³. Los *medios comisivos* pueden ser el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra⁵⁴. Se presume *iuris et de iure* que la concurrencia de estos medios comisivos vicia de manera absoluta el consentimiento que la víctima haya podido prestar (art. 3 b).

En cuanto al tipo subjetivo, se entiende que solo cabe dolo directo, ya que el art. 5 emplea el término «intencionalmente». Y, como elemento subjetivo del injusto, la trata se caracteriza por la *finalidad* persegui-

⁵² VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 205, «son figuras conceptualmente distintas que se unen por primera vez en las negociaciones del Protocolo de Palermo sobre trata de seres humanos»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 34; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos», en del CARPIO DELGADO, J., GARCÍA ÁLVAREZ, P. (Coords.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63-64.

⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de trata de personas», p. 843, «el sentido que puede otorgarse a la mayor parte de conductas típicas no plantea sustanciales problemas interpretativos», aunque menciona «que la captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, esto es, el cierre de alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado».

⁵⁴ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 178-179, distingue en atención a los medios comisivos entre trata forzada, trata fraudulenta y trata abusiva; VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, p. 227, aclara que el último medio, «más que un medio comisivo, es una acción que consiste en la transmisión del control de una persona, y que integraría conductas como la venta, cesión, arrendamiento, trueque de la víctima o la adopción ilegal».

da. La realización de tales acciones y el empleo de los medios comisivos anotados habrá de hacerse con la finalidad de *explotación*. El Protocolo señala que los Estados deberán prever en su legislación nacional, como mínimo, los fines de explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos⁵⁵.

El delito de trata queda consumado cuando se realizan dolosamente las acciones descritas, empleando los medios comisivos enunciados y con alguna de las finalidades de explotación apuntadas. Si posteriormente tiene lugar la efectiva explotación de la víctima, estos hechos serán constitutivos de una figura delictiva autónoma que habrá que aplicar en concurso de delitos con la trata⁵⁶.

El art. 3 c) brinda una protección reforzada a los menores y señala que el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor de edad con fines de explotación se considerará «trata de seres humanos», aunque no se recurra a ninguno de los medios comisivos señalados⁵⁷. En estos supuestos tiene lugar por definición el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor, por lo que no es necesario acreditar el empleo de los medios comisivos coercitivos, fraudulentos o abusivos dirigidos a los adultos⁵⁸.

Asimismo, es importante anotar que, en la medida en que estamos ante un Protocolo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el art. 4 del mismo incorpora dos elementos del tipo adicionales a la definición de trata, a saber, que estemos ante comportamientos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Ahora bien, aunque la configuración que el Protocolo ofrece del delito de trata

⁵⁵ VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, pp. 221 y ss.

⁵⁶ Así lo apunta la STS 845/2021, de 4 noviembre, en un asunto en el que jóvenes transexuales de Venezuela fueron engañados y convencidos de venir a España. Una vez aquí fueron coaccionados a ejercer la prostitución en una situación precaria, «con plena disponibilidad todos los días de la semana, con una deuda arbitraria que aumentaban continuamente por diferentes conceptos, sin poder salir de casa libremente, sometidos a un control permanente, siéndoles retirados sus teléfonos personales y documentación, debiendo consumir drogas con los clientes si éstos así lo pedían, ...». Uno de los motivos de casación es la incorrecta aplicación del concurso medial entre el delito de trata y el delito de prostitución coactiva, a lo que el TS responde de la siguiente manera: «De la lectura del art. 177 bis 1 CP resulta que una de las finalidades típicas es la explotación sexual, siendo doctrina de esta Sala que la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta cuando llega a tener lugar efectivamente dicha explotación, optándose, como regla general, en los casos de concurso entre este delito y los relativos a la prostitución, por la solución del concurso medial de delitos» (FJ 1).

⁵⁷ El Protocolo establece en el apartado d) que se entiende por menor toda persona de edad inferior a dieciocho años.

⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 39.

se ha extendido posteriormente a otras codificaciones, no se ha exigido el mencionado carácter transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado⁵⁹.

En el ámbito del Consejo de Europa, se aprobó en 2005 el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o Convenio de Varsovia, que en su art. 39 señala que «tiene la finalidad de reforzar la protección ofrecida por el Protocolo y desarrollar las normas contenidas en el mismo». Las diferencias en la definición del delito de trata son mínimas, ya que emplea prácticamente los mismos elementos del tipo que la versión del Protocolo. En cuanto a las *acciones*, en la versión española en vez de los sustantivos «captación», «traslado» y «acogida», se emplean los términos «reclutamiento», «transferencia» y «alojamiento». En los *medios comisivos* se usan los términos «secuestro» y «abuso de autoridad», en vez de «rapto» y «abuso de poder». Y en cuanto a los fines de explotación son similares, únicamente se habla de «extirpación», en vez de «extracción de órganos». Como vemos, la estructura del tipo objetivo y subjetivo es idéntica y la terminología empleada también, acudiendo a sinónimos⁶⁰.

En la Unión Europea entró en vigor hace más de una década la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Esta Directiva complementa la tradicional aproximación «criminocéntrica», que busca armonizar la legislación penal de los Estados miembros, con una visión más «victimocéntrica» de la trata, que exige que las administraciones públicas de los Estados miembros ofrezcan medidas de prevención, protección y asistencia a las víctimas⁶¹. En cuanto a la persecución y tipificación del delito, su redacción sigue la estela del Protocolo y el Convenio de Varsovia, aunque se introducen algunas especificaciones. El art. 2.2

⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 37, «la definición que de la misma contiene el Protocolo anejo a la Convención de Palermo continúa siendo perfectamente actual».

⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, pp. 197-198, destaca como novedad del Convenio de Varsovia el antecedente de la actual excusa absolutoria del art. 177 bis 11 CP, a saber, «la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello»; *la misma*, «El delito de trata de personas», p. 832, más genéricamente pone de manifiesto que el Convenio de Varsovia «pretende no solo conseguir la armonización punitiva, sino especialmente declarar que la trata de personas constituye un atentado de primera magnitud contra los derechos humanos, debiendo garantizarse un estándar mínimo de protección de los derechos de las víctimas».

⁶¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 51, la Directiva 2011/36/UE «se centra principalmente en la protección o reparación del sujeto pasivo»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos», p. 25, su aprobación «debe verse como un exponente a tomar en consideración junto a otros instrumentos adoptados recientemente por la UE que abundan en la idea de la aproximación a la trata de personas desde los derechos humanos», con otras palabras, adopta «una perspectiva holística en el abordaje de dicho fenómeno» (p. 33).

aclara qué se ha de entender por la situación de vulnerabilidad de la que se aprovecha el tratante: «existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso». Y el art. 2.3 incluye la mendicidad como modalidad de trabajo forzado⁶².

En el ámbito interno, nuestra normativa fue muy deficiente hasta la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, porque mezclaba elementos de la trata y del tráfico de personas y subordinaba el castigo de la primera a la «contravención» de la normativa de extranjería⁶³. En la primera versión del CP de 1995 se castigaba una suerte de trata con fines de explotación laboral en los arts. 312 y 313, pero exigiendo el elemento transnacional o cruce irregular de fronteras. La LO 11/1999, de 30 de abril, incorporó en el art. 188.2 la trata de personas con finalidad de explotación sexual, pero también en el contexto del tráfico internacional de personas. Tras la reforma operada por la LO 4/2000, de 11 de enero, se reguló autónomamente el delito de tráfico de personas en el art. 318 bis CP, y de manera extraña se integró como subtipo agravado el empleo de los medios comisivos de la trata, sin referencia a la finalidad de explotación.

A partir de la reforma realizada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se incorpora al art. 318 bis una especie de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, pero sin necesidad del recurso a los medios comisivos característicos de la misma, los cuales se preveían como modalidad agravada⁶⁴. Con otras palabras: se regulaba la ayuda a la inmigración irregular y esta podía verse a su vez agravada por el ánimo de lucro (tráfico de personas), por la finalidad perseguida (explotación sexual) y por los medios comisivos empleados. Este tratamiento en un único precepto y su ubicación sistemática, entre delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, se mostraba también contrario al auténtico desvalor del delito de trata, que afecta a bienes jurídicos de naturaleza individual. Además, la regulación no aludía a todos los fines de explotación posibles, como los trabajos forzados, dejando a un lado nuestros compromisos internacionales en la materia⁶⁵.

⁶² DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021, p. 11, ya el considerando undécimo incluye la mendicidad como un tipo de trabajo forzado.

⁶³ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 82.

⁶⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», pp. 71 y ss., el legislador español olvidó que «estos conceptos se iban separando».

⁶⁵ La versión del art. 318 bis 2 CP previa a la tipificación autónoma de la trata rezaba de la siguiente manera: «Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión».

La LO 5/2010, adelantándose a la Directiva 2011/36/UE, crea el nuevo título VII bis en nuestro CP que se rubrica «De la trata de personas» e incorpora un único artículo, el 177 bis, el cual traslada en buena medida a nuestra legislación lo señalado en la normativa internacional. De hecho, la regulación española actual llega a ir un paso más allá e incluye como finalidad de explotación la celebración de matrimonios forzados⁶⁶.

2.2. Una vez hemos identificado el concepto normativo de la trata de seres humanos, procede mencionar los elementos que la diferencian del tráfico de personas. Se podrían agrupar de la siguiente manera.

En primer lugar, en cuanto al *bien jurídico protegido*, una interpretación literal de los elementos del tipo y una interpretación sistemática de la ubicación del precepto, inmediatamente después del título VII «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», conducen a la conclusión ampliamente aceptada de que la trata de seres humanos protege un bien jurídico de naturaleza individual⁶⁷. En cuanto a su precisión, se ha aludido tanto a la dignidad de las personas, como a la libertad e integridad moral en tanto concreción de aquella⁶⁸. En cambio, como vere-

⁶⁶ Pese a la tipificación autónoma del delito de trata de personas tras la reforma de 2010, VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos: ¿realidades divergentes o convergentes?», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022, pp. 419 y ss., pone de manifiesto acertadamente la permanencia de una «visión trafiquista» en la configuración del mismo, lo que se revela, entre otros indicios, por la referencia en el tipo al territorio español: para nuestro legislador esta figura también haría las veces de «escudo protector» de nuestras fronteras.

⁶⁷ Esto ha traído consigo que el Tribunal Supremo, en Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional, de 31 de mayo de 2016, afirmara que este delito «obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».

⁶⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 78, señala como bien jurídico la dignidad y afirma que «la persona se convierte en víctima de trata en tanto en cuanto se ejercen sobre ella los atributos del *derecho de propiedad*»; LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 374; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 64; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos», p. 418, «en el delito de trata de seres humanos se atenta contra la dignidad de la persona puesto que conlleva despojar a la víctima de la capacidad de decidir sobre sus bienes y derechos más importantes»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, pp. 396 y ss., se muestra a favor de interpretar que el bien jurídico protegido es exclusivamente la dignidad humana, ya que, además de la interdicción de instrumentalizar al hombre, el concepto positivo de dignidad humana abarca otros derechos que se pueden ver menoscabados por la trata, como la integridad, la libertad individual o la igualdad formal; *la misma*, «El delito de trata de personas», pp. 837-838; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, p. 398, «el bien jurídico no es la libertad, es la dignidad como derecho humano básico del que emanan los demás derechos fundamentales»; cfr. BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la

mos con más detenimiento *infra*, el delito de tráfico de personas protege en su modalidad básica un bien jurídico de naturaleza colectiva como es la política migratoria del Estado⁶⁹.

En segundo lugar, mientras el *tránsito ilícito entre fronteras* estatales es inherente al delito de tráfico de personas, en el que el núcleo del injusto reside en la vulneración de la normativa administrativa de entrada y salida del territorio nacional, el elemento transnacional no forma parte de los elementos del tipo de la trata de personas⁷⁰. Es cierto que, en la práctica, es habitual que nos encontremos ante ciudadanos extranjeros que aceptan iniciar un traslado entre países o proceso migratorio para mejorar sus condiciones de vida, pero dicho traslado transnacional e irregular no es un requisito legal o elemento del tipo de la trata. También cabe la trata nacional.

En tercer lugar, en el delito de tráfico de personas el migrante presta su *consentimiento* válidamente a la puesta en marcha del traslado o transporte, mientras que en el delito de trata de seres humanos el consentimiento prestado durante la captación, el traslado o la acogida está viciado a causa de los medios empleados para su obtención⁷¹.

En cuarto lugar, íntimamente unido a lo anterior, esto significa que el migrante irregular no es *víctima* del delito de tráfico de personas, sino objeto material del mismo, mientras que la persona sobre la que recae la trata de seres humanos es el sujeto pasivo del delito, la víctima, a la que se cosifica e instrumentaliza⁷².

pluriofensividad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, p. 21, descarta como bien jurídico la dignidad y considera que «estos se circunscriben a la integridad moral y la libertad».

⁶⁹ Sobre el bien jurídico protegido: DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria?, pp. 172 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 104.

⁷⁰ VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, p. 222; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 38, se «requiere un cambio de ubicación en el espacio físico de la víctima que no necesariamente debe ser transnacional y que además, en caso de serlo, no requiere del cruce ilegal de fronteras».

⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 45, «la migración ilegal es siempre una actividad que se realiza contando con la anuencia de la persona traficada... En el caso de la trata, por contra, las víctimas nunca han consentido en ser sometidas a la situación, y si lo hicieron en un principio, el consentimiento pierde su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes»; *la misma*, «El delito de trata de personas», p. 823; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», p. 378, «mientras la trata es un fenómeno coactivo... en el tráfico de personas el migrante realiza el tránsito voluntariamente porque es su aspiración vivir en otro país».

⁷² VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos», p. 419, «la persona tratada es víctima, mientras que quien ha sido objeto de la inmigración irregular se nos presenta, a partir de la regulación que se lleva a cabo en el Código Penal, como cómplice de la conducta del traficante»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 46.

Y, en quinto lugar, la *finalidad de explotación* sólo es inherente a la trata de seres humanos, mientras que en el tráfico de personas la motivación que mueve al traficante es la contraprestación económica que recibirá o ánimo de lucro. La relación entre el migrante y el traficante concluye al terminar el traslado, mientras que el propósito del tratante es llevar a cabo la efectiva explotación de la persona tratada durante el traslado o después de su acogida o recepción⁷³.

2.3. En definitiva, nos encontramos ante dos figuras delictivas que sancionan comportamientos distintos, aunque conectados fenomenológicamente porque se nutren en muchas ocasiones de los mismos flujos y rutas migratorias.

3. En segundo lugar, también es necesario distinguir entre el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular y el tráfico de personas, dado que las dos figuras se contienen en el art. 318 bis CP. En ambos casos nos encontramos ante la misma clase de comportamiento, a saber, la prestación de ayuda a un ciudadano extranjero para entrar, permanecer o transitar por nuestro país contraviniendo la normativa administrativa de entrada y tránsito. En cambio, se diferencian por la concurrencia o no de ánimo de lucro. Hablamos de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular cuando esta conducta se lleva a cabo sin ánimo de lucro, normalmente de manera altruista, lo que implica que la tipificación de esta clase de comportamientos se tilde con acierto de «criminalización de la solidaridad»⁷⁴. Frente al mero favorecimiento, nuestro ordenamiento jurídico también castiga el tráfico de personas, que consiste en su modalidad básica en el mismo comportamiento de ayuda a la entrada, permanencia o tránsito irregular, pero con ánimo de lucro.

Como hemos mencionado anteriormente, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire solo obliga a los Estados parte a tipificar el tráfico o contrabando de migrantes (*smuggling of migrants*) en su acepción mercantil, es decir, exige que concurra la finalidad de obtener un beneficio material o de otro tipo y que el sujeto activo pertenezca a un grupo delictivo organizado. Este mandato de tipificación fue ampliado por la normativa europea, que en la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, incorpora la mera ayuda sin ánimo de lucro y sin necesidad de que el sujeto activo pertenezca a un grupo u organización criminal.

⁷³ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 79; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 45.

⁷⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 12, «al castigar cualquier favorecimiento de la entrada ilegal, la UE hace del derecho penal un instrumento para combatir no ya las conductas lesivas de los derechos de las personas migrantes, que las cosifican o que las ponen en peligro, sino para imponer una política migratoria de cierre de fronteras».

La delimitación entre ambas figuras es imprescindible porque se critica con vehemencia la legitimidad del delito de ayuda o favorecimiento a la inmigración irregular; entre otras razones, por la falta de coherencia sistemática del propio legislador. Colisiona con el principio de fragmentariedad e intervención mínima que se sancione penalmente la ayuda sin ánimo de lucro y que, en cambio, se reserve la conducta más grave, es decir, la que exige ánimo de lucro, al ordenamiento administrativo sancionador⁷⁵. En palabras de de la Mata Barranco: «despojada la conducta ilícita del art. 318 bis de todo componente de lesividad individual, al menos en su tipología básica (sin ánimo de lucro)... es difícil captar el desvalor suficientemente merecedor de atención penal que justifique la intervención del legislador»⁷⁶.

En este sentido, defendemos una interpretación muy restrictiva del mismo. Teniendo en cuenta que se ha incorporado, como veremos, un subtipo atenuado y una excusa absolutoria, sostenemos que todo comportamiento de mera ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular (sin ánimo de lucro) será subsumible en el tipo atenuado o, incluso, podríamos excusarlo, con la salvedad de los supuestos en que concurra como medio para la trata o situaciones más particulares como la suscitada en la STS 298/2015, de 13 de mayo⁷⁷.

Junto con esta posibilidad de vaciar de supuestos subsumibles el tipo básico, nuestro Tribunal Supremo ha explorado otra posibilidad interpretativa, aunque sin grandes consecuencias prácticas. En alguno de sus pronunciamientos parece exigir a las conductas subsumibles en el art. 318 bis 1 un extra de antijuridicidad que supere la antijuridicidad puramente administrativa, como señala la STS 261/2017, de 6 de abril. De esta sentencia puede extraerse que tras la reforma de 2015 la atribución de responsabilidad ex art. 318 bis 1 obliga a identificar, no solo la con-

⁷⁵ Art. 54.1 b) LOEx: «Son infracciones muy graves: b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

⁷⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal», p. 29; también, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 66, «la intervención penal en este ámbito debería ser más respetuosa del principio de intervención mínima, exigiendo en el delito un desvalor adicional que lo distinga de la mera infracción administrativa».

⁷⁷ Hechos probados: «Obdulio, chófer de la embajada de Guinea Ecuatorial en España, contactó en Facebook con Encarna, nacida en 1991 y residente en esa época en aquel país, a quien, por ese medio, ofreció la posibilidad de gestionarle un viaje a España, consiguiendo de modo rápido un visado turístico, y ayudándola posteriormente a permanecer de modo permanente en nuestro país. El acusado quería, en realidad, que Encarna viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo deseara, plan que ocultó a Encarna», una vez en España la agredió sexualmente en una habitación de un hotel que había reservado. El TS entiende que no concurre un delito de trata, sino un delito de ayuda a la inmigración irregular (sin ánimo de lucro) y confirma la agresión sexual.

ducta de ayuda o favorecimiento probada, sino (i) la específica infracción administrativa en que consiste la «vulneración» de nuestra legislación; y (ii) la razón por la que esta conducta adquiere relevancia penal más allá de la antijuridicidad puramente administrativa⁷⁸.

Esta «relevancia penal más allá de la antijuridicidad puramente administrativa» podría concretarse con la STS 536/2016, de 17 de junio, que admite que «no puede aceptarse una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa» añadiendo que «para alcanzar esta relevancia la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal» (FJ 7)⁷⁹. Uno de los efectos prácticos que podríamos extraer de esta afirmación, como mencionaremos, es que la antigua «promoción» de la inmigración clandestina o del tráfico no sería abarcada por el sentido del vigente término de «ayuda».

El escollo reside en que esta última limitación práctica del delito de favorecimiento de la inmigración se ha tratado de desarrollar a través del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» y no del bien jurídico «política migratoria». Si, como desarrollaremos en el siguiente epígrafe, la interpretación del bien jurídico «derechos de los extranjeros» no es admisible porque tensiona el principio de legalidad penal, el reto teórico estaría en elaborar una gradación de conductas de favorecimiento en función de su desvalor para el bien jurídico «política migratoria». Gradación que permitiera una interpretación restrictiva y fuese expresión del carácter subsidiario de una intervención penal que hoy se solapa con la normativa administrativa.

Mientras el legislador no se emplee en esta tarea, nos quedaría la primera consideración que hemos hecho *de lege lata*: reconducir al tipo atenuado y a la excusa absolutoria un grueso de conductas como son las carentes de ánimo de lucro.

Sentado lo anterior, conviene insistir en que en este trabajo nos ocupamos solo del delito de tráfico de personas en sentido estricto y de sus modalidades agravadas y atenuadas. Se trata de un análisis dogmático y jurisprudencial, que prescinde de consideraciones político-criminales o de evaluación constitucional. Únicamente interesa insistir que no creemos que el tráfico adolezca de manera tan grave de la falta de legitimidad que padece el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, porque no se trata de la modalidad de ataque menos lesiva contra el bien jurídico en liza⁸⁰.

⁷⁸ En este sentido, la STS 646/2015, de 20 de octubre, FJ 1, añade que «solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa».

⁷⁹ También en este sentido la STS 807/2016, de 27 de octubre, FJ 7.

⁸⁰ Sobre la legitimidad constitucional del delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular nos hemos pronunciado en de la FUENTE CARDONA, F.S., *La teoría*

4. En conclusión, el delito de tráfico de personas se define en la normativa internacional y en nuestro CP como la ayuda intencionada y con ánimo de lucro a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del respectivo convenio a entrar o permanecer en territorio nacional o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Se trata de una realidad criminológica conectada, pero normativa y conceptualmente distinta a la trata de seres humanos y a la ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular.

3.2. *Bien jurídico protegido*

1. En el presente epígrafe nos ocupamos de la exégesis del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de personas. Baste señalar que, como hemos puesto de manifiesto en otros lugares, entendemos por bien jurídico aquel *objeto real que se puede menoscabar causalmente* protegido por el tipo.

A la luz de la configuración actual del tráfico, y pese a lo que algunos autores razonablemente señalaron bajo su anterior redacción⁸¹, debemos descartar que este delito proteja un bien jurídico de naturaleza individual como pudieran ser los derechos de los ciudadanos extranjeros. Nos asisten tres razones para rechazar esta interpretación: (i) la ubicación sistemática del Título XV bis, entre títulos que protegen bienes jurídicos colectivos; (ii) la específica previsión de un tipo cualificado que integra ese desvalor (al menos, respecto de la vida y la salud)⁸²; y (iii) la tipificación autónoma de la trata.

Por tanto, las dos opciones interpretativas restantes serían considerar que el bien jurídico protegido son (i) los derechos de los ciudadanos

del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales, en prensa. Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 105, «la mera existencia de un móvil económico no me parece que añada un desvalor suficiente para justificar la intervención penal».

⁸¹ Durante la vigencia de la redacción originaria del art. 318 bis, algunos autores como LAURENZO COPELLO, P., «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 12, 2003, pp. 71-72, afirmaron que se protegía «la integridad moral de las personas sometidas a las operaciones —lucrativas o no— de tráfico de inmigrantes»; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, 2009, p. 6, «vulnera la dignidad humana».

⁸² Nos hemos ocupado de este subtipo agravado en DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «El tratamiento jurisprudencial del delito de tráfico ilegal de personas cuando se pone en peligro la vida o la salud», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022, pp. 365 y ss.

extranjeros como colectivo, postura poco aclarada por sus partidarios e ignorada por la jurisprudencia, o (ii) la política migratoria del Estado en tanto manifestación de la soberanía estatal que, en último término, aspira a proteger un determinado orden socioeconómico. Analicemos más de cerca ambas posturas.

1.1. Los partidarios de entender que el bien jurídico protegido son los derechos de los ciudadanos extranjeros como colectivo tienen en común que intentan elaborar un ejercicio de dogmática orientado a unos fines político-criminales que, partiendo de las líneas informadoras que la CE ofrece, se sirve de la interpretación teleológica para identificar dicho bien jurídico⁸³. Encontramos argumentos a favor de este modo de proceder, aunque también serias dificultades.

El primer motivo que rema a favor del entendimiento de los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico protegido es la rúbrica del Título XV bis en el que se ubica. Desde el año 2000, en que se introdujo este título, el legislador ha operado un total de cuatro reformas en las que, del mismo modo que ha realizado cambios en las conductas típicas, también podría haber modificado la rúbrica del título. No creemos que se deba despreciar que no lo haya hecho, su rúbrica puede ser un elemento más en la sistematización e interpretación del delito⁸⁴.

En segundo lugar, como hemos apuntado, han desaparecido como agravantes una serie de medios comisivos anteriormente previstos en el art. 318 bis 2 y que encajan en el delito de trata. La violencia, intimidación, engaño, el abuso de una situación de superioridad o de una situación de especial vulnerabilidad del migrante ya no agravarán el delito de tráfico de personas. Por un lado, pensamos que la concurrencia de alguno de ellos podría dar lugar a un concurso de delitos con las figuras delictivas de coacciones, amenazas o contra la integridad moral, aunque, ciertamente, no todos los medios son reconducibles a estos tipos. Por otro lado, y reconociendo cierto voluntarismo, también podríamos ver que parte de este desvalor, sobre todo de las situaciones de abuso, sería

⁸³ Parece en este sentido la SAN 29/2017, de 19 de octubre, en la que en un supuesto de un nacional español de origen iraní que se dedicaba a facilitar la entrada de iraníes en España a cambio de una cantidad económica, señala en su FJ 1 que «para la aplicación del art. 318 bis del CP se exige que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentre protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

⁸⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 58, «viene a proteger el estatus jurídico del extranjero: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español»; también, CONDEPUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los derechos de los extranjeros», en Martín Pallín, J.A. (Dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, Madrid, 2003, p. 292.

inherente a la tipicidad básica si afirmamos que lo que se afecta es la dignidad de los migrantes. Con ello, podríamos dotar de cierta virtualidad a la referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Sin embargo, debemos descartar la identificación de este bien jurídico por dos motivos. Primero, si consideramos, como mayoritariamente se señala, que estamos ante un delito de peligro abstracto, como puso de manifiesto Miró Llinares, ello dejará la puerta abierta a que todo comportamiento de ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ponga en peligro abstracto el bien⁸⁵. El delito se consumará por la mera realización, con ánimo de lucro, de un comportamiento de ayuda cuya peligrosidad reside en la ilegalidad de la entrada. Expresado con otras palabras: la coincidencia formal entre acción y descripción típica implicaría la subsunción automática de toda ayuda a la entrada, tránsito o permanencia irregular en el tipo básico del art. 318 bis, consumándolo, por mucho que sostengamos que el bien jurídico protegido son los derechos de los ciudadanos extranjeros. Y, segundo, la única interpretación posible de la estructura típica que dote de relevancia práctica a la exégesis del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» sería la sostenida por Pérez Cepeda⁸⁶. Para esta autora no estamos ante un delito de peligro abstracto sino ante un delito de peligro (abstracto) hipotético, en los que en palabras de Torío López «no es bastante la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador»⁸⁷. Solo si se exige que la acción sea hipotéticamente peligrosa, no siendo necesario que se llegue a producir una puesta en peligro concreto, podríamos atribuir algún desvalor adicional a la interpretación de una ayuda que, en caso contrario, sería típica con vulnerar la legislación administrativa de extranjería. Se requeriría, así, una interpretación del tipo básico como delito de peligro hipotético.

Lamentablemente, y pese a defender la posibilidad de recurrir a la interpretación teleológica, orientada a unos fines político-criminales que establecen la libertad y dignidad del individuo como valores sobre los que se asienta nuestro ordenamiento, reconocemos que con la actual re-

⁸⁵ MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España», p. 18, no es posible limitar interpretativamente la amplitud del art. 318 bis en atención al bien jurídico porque el injusto «se deriva del hecho de la inmigración ilegal, esto es, de la negación de normas administrativas que regulan la entrada y estancia legal en nuestro país».

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, p. 176; pareciera en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 19.

⁸⁷ TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, 1981, p. 838, señala como ejemplos «el abandono de niños, cohecho activo, falso testimonio, la amenaza simple, algunos delitos contra la salud pública, etc.».

dacción del art. 318 bis esta interpretación tensiona excesivamente los límites gramaticales establecidos por el principio de legalidad constitucionalmente consagrado y, ello, pese a que estemos ante una interpretación *pro reo*⁸⁸.

El principio o derecho fundamental a la legalidad reconocido en nuestra constitución es satisfecho, según la doctrina del TC, cuando la interpretación del precepto penal sigue el sentido gramatical de la norma, los métodos comúnmente admitidos de interpretación y los valores axiológicos que la propia CE recoge⁸⁹. El derecho a la legalidad no es incompatible con el recurso por los tribunales a la interpretación teleológica. El bien jurídico no se extrae de la norma penal de manera automática y neutra, es decir, no solo se precisa una interpretación literal del precepto. La mencionada configuración del derecho fundamental a la legalidad penal así lo ratifica y la referencia a los valores axiológicos permite dar entrada a una dogmática orientada a los fines político-criminales.

1.2. ¿Por qué entonces en este caso no podemos admitir el bien jurídico, ni en su dimensión colectiva ni individual, «derechos de los ciudadanos extranjeros»? Creemos que la admisión de una interpretación no estática de los tipos penales no debe conducirnos a justificarlo todo, a contemplar como uno dogmática y política criminal. Y en este caso observamos que el texto de la norma cierra una puerta que no podemos entornar. El delito de tráfico de personas no exige en ninguno de sus elementos que se produzca una puesta en peligro de los derechos

⁸⁸ No estaríamos en el art. 318 bis ante una «falla de la legislación» que «el juez puede verse forzado a corregir mediante la analogía favorable al reo», en el sentido expuesto por MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, núm. 1, 2017 p. 14, sino que, al contrario, la interpretación por la que el bien jurídico son los derechos de los ciudadanos extranjeros destilaría cierto activismo judicial; DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario», p. 40, «las lecturas jurisprudenciales que exigen, frecuentemente de manera solo implícita, una verdadera “explotación” del extranjero, o una finalidad de la conducta a tal resultado, parecen cumplir una *hermenéutica de la resistencia* respecto al espíritu e incluso a la letra de la ley», una resistencia que puede despertar nuestra simpatía, pero que no es por ello menos arbitraria.

⁸⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en Pérez Manzano, M., Lascuraín Sánchez, J.A. (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 123, «el principio de legalidad garantiza al ciudadano la previsibilidad de su condena y desde tal punto de vista, en lo que atañe a la aplicación judicial de la ley [principio de tipicidad], lo previsible es una actuación del juez que se ajuste a la semántica del enunciado y que se rija por los valores constitucionales y por métodos aceptados de interpretación». Recientemente, la STC 8/2024, de 16 de enero de 2024, así lo recuerda: «La labor de control a desarrollar en la jurisdicción de amparo queda limitada, desde la perspectiva externa que le es propia, a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, referida al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoridad parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, que se traducen en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma» (FJ 6).

de los ciudadanos extranjeros⁹⁰ y, aunque podamos darle un valor a la rúbrica del Título XV bis, nos parece difícil integrarlo al mismo nivel que el resto de los elementos del tipo penal⁹¹. En palabras de Martínez Escamilla, «el precepto no permite sacarle más jugo a la interpretación teleológica sin herir el principio de legalidad y deslegitimar dicho instrumento hermenéutico»⁹², «empeñarse en ello supone, a mi juicio, forzar excesivamente los instrumentos interpretativos propios de la dogmática y, en definitiva, suplantar la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete»⁹³.

En el mismo sentido, la STS 144/2018, de 22 de marzo, señala que, tras las reformas introducidas por LO 5/2010 y LO 1/2015, en las que se regula de manera autónoma la trata de seres humanos y el tráfico de personas y se disminuye la pena en atención a la menor demanda de protección del bien jurídico de este último, «todo apunta de forma clara a que el art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado —y de la UE— en el control de los flujos migratorios,... quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis»⁹⁴.

⁹⁰ Cfr. Sobre unos hechos que sucedieron durante la vigencia de la anterior redacción, la STS 23/2015, de 4 de febrero, FJ 3, citando jurisprudencia anterior, sí consideraba que el art. 318 bis está «especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado... para ofrecer protección al migrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas».

⁹¹ En este sentido, la SAP Cádiz 53/2018, de 6 de marzo, FJ 1, señala que «solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título como “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”».

⁹² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito*, p. 66.

⁹³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?», p. 8.

⁹⁴ STS 144/2018, de 22 de marzo, FJ 4; en el mismo sentido, STS 512/2016, de 10 de junio, FJ 9. En la doctrina científica, CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración», pp. 216 y ss., defienden que el bien jurídico protegido es la política migratoria y creen que otra interpretación supondría crear otro delito; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 452, «resulta el control de los flujos migratorios el objeto de protección de la norma»; PORTILLA CONTRERAS, G., «La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo», en Gómez Martín, V., et al. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, p. 296, «es difícil encontrar en el CP un Título que se corresponda menos con el verdadero objeto de protección tutelado. Se habla de derechos en la rúbrica y estos se protegen de forma excepción», «el título XV bis pretende como fin último la defensa de la política migratoria del Estado» (298); ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y

Pese a lo señalado, no podemos desconocer que, incluso tras la reforma de 2015, la jurisprudencia no es pacífica y todavía existe una corriente que entiende que el bien jurídico protegido hace referencia, al menos colateralmente, a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, pero a nuestro juicio no es una postura respetuosa con el tenor del precepto⁹⁵.

2. En definitiva, el delito de tráfico de personas protege el bien jurídico de titularidad colectiva «política migratoria», que podemos definir como el *conjunto de instituciones y medidas que el Estado implementa en ejercicio de su soberanía y dentro de los límites establecidos por las normas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos para controlar los flujos migratorios y, con ello, evitar o reducir el impacto socioeconómico que puede tener en la comunidad política la entrada, permanencia o tránsito de nuevos integrantes por cauces distintos a los previstos legalmente*.

Sostenemos esta definición del bien jurídico colectivo «política migratoria» porque las medidas de control de los flujos migratorios que la integran protegen al *Estado* como persona jurídica y porque también protegen al *Estado social* como una de sus concretas manifestaciones.

En primer lugar, para poder hablar de un Estado es necesario que este cuente con un territorio y la posesión de un territorio no es otra cosa que disponer de manera estable de la facultad de ejercer la propia jurisdicción dentro de las fronteras del mismo. Por tanto, una de las condiciones de existencia de todo Estado es que cuente con un territorio en el que tenga la posibilidad (aunque no el deber) de aplicar determinadas medidas autónomamente, como aquellas consistentes en el establecimiento de reglas para la entrada y tránsito de terceras personas. Si una entidad política no puede desempeñar esta facultad, no la podemos denominar Estado, porque faltará uno de sus elementos constitutivos. Es por esta razón por la que se puede afirmar que las medidas que integran

criminalidad organizada», p. 381, «de lo que realmente se trataba es de la protección de la política migratoria del Estado español».

⁹⁵ Entre otras, la STS 11/2018, de 15 de enero o la STS 108/2018, de 6 de marzo. La STS 388/2018, de 25 de julio, FJ 3, señala que «se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios... No obstante, el precepto sigue encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico»; o la STS 400/2018, de 12 de septiembre, FJ 4, «de esta manera en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: el interés general del Estado en controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada; y, por otro lado, el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes». Con algo más de detalle sobre las líneas jurisprudenciales en torno al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular: de la Fuente Cardona, F.S., «Los derechos de los extranjeros o la política migratoria», pp. 172 y ss.

la política migratoria son una manifestación de la soberanía estatal y, en cierta medida, reafirman al Estado como persona jurídica y sujeto de Derecho internacional, conforme a los rasgos constitutivos que le atribuye el Convenio de Montevideo.

En segundo lugar, las medidas de control de los flujos migratorios también protegen una específica dimensión del Estado que ha sido configurada por el constituyente español en ejercicio de su soberanía, a saber, que el nuestro es un *Estado social*. Nuestro Estado no es un Estado que protege ilimitadamente el libre mercado, sino un Estado social, que interviene en la economía para compensar los desequilibrios y redistribuir la riqueza. Si nuestro Estado se caracteriza por una actividad de asistencia, prestacional y de redistribución, por ejemplo, a través del ámbito educativo, sanitario o en materia de pensiones, entonces la entrada de un elevado número de personas por cauces no legales puede ocasionar, al menos a corto plazo, un impacto negativo en la señalada dimensión social del Estado, porque los recursos de los que dispone son limitados⁹⁶.

Por tanto, el delito de tráfico de personas en su modalidad básica protege *exclusivamente* el bien jurídico colectivo «política migratoria». Solo en alguna de sus modalidades agravadas podremos constatar que se trata de un delito pluriofensivo que tutela los bienes jurídicos individuales del migrante objeto del traslado⁹⁷.

3.3. Tipo objetivo y tipo subjetivo

1. La reforma del Código penal español de 2015 introdujo cambios significativos en la configuración típica del tráfico de personas. La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adelanta en su Exposición de Motivos que las modificaciones introducidas en el art. 318 bis responden a un mejor cumplimiento de la normativa de la Unión Europea.

⁹⁶ En un sentido crítico, así lo pone de manifiesto HORTAL IBARRA, J.C., «¿Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* cuando —siempre— quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?», en Gómez Martín, V., et al. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, p. 1182, «la contención migratoria ilegal no constituiría un fin en sí mismo. Al contrario, estaría mediatamente pergeñada al aseguramiento final de las condiciones económico-prestacionales (y socio-convivenciales) consustanciales al maltrato “Estado del bienestar” frente a las amenazas que la entrada y permanencia masiva de inmigrantes ilegales representarían para su exclusivo y preferente disfrute por los ciudadanos nacionales y europeos».

⁹⁷ Como advierte HORTAL IBARRA, J.C., «Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*», p. 1191, «penalizando al facilitador-intermediario eliminamos al colectivo vulnerable cuyos intereses declaramos amparar», por lo que difícilmente se puede interpretar que sus derechos constituyen el objeto de protección del tipo básico del tráfico y de la ayuda o favorecimiento a la inmigración irregular.

Con carácter introductorio, cabe destacar que se produjo una importante disminución de las penas. La LO 1/2015 reconoce que «tras la tipificación separada del delito de tráfico [trata] de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada» para el delito de tráfico de personas, lo que recomienda la mencionada reducción de la penalidad prevista. El tráfico de personas antes de la reforma se castigaba con pena de prisión de seis a ocho años y ahora ha quedado reducida a multa o prisión de siete meses y quince días a doce meses, mientras que en los tipos agravados la pena de prisión en su límite inferior baja de seis a cuatro años.

Junto con la modificación de los marcos penales, el legislador español reformó por completo la redacción del delito de tráfico de personas. En lo que sigue, por tanto, procede presentar los nuevos elementos que configuran su tipo objetivo y subjetivo y cuál creemos que es la estructura típica a la que responde.

2. En primer lugar, atendemos a los cambios que se han producido en el tipo objetivo, de los que no se ofrece una explicación en la Exposición de Motivos. El art. 318 bis 1 muta y ya no recoge la «promoción, favorecimiento o facilitación» del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina sino la «ayuda» intencionada y con ánimo de lucro a la entrada o tránsito en España de un modo que «vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros». Alternativamente, el art. 318 bis 2, y con la misma pena, sanciona la ayuda con ánimo de lucro a la estancia, a «permanecer en España», introduciendo en el CP una figura que se había entendido hasta este momento solo merecedora de reproche por el ordenamiento administrativo⁹⁸. Veamos más de cerca estos elementos.

2.1. En cuanto al verbo típico «ayudar», creemos que, en cierta medida, trae consigo una limitada pero bienvenida reducción del número de conductas subsumibles en el delito de tráfico frente al concepto unitario de autor que se derivaba de los verbos típicos «promover, favorecer y facilitar»⁹⁹.

⁹⁸ POMARES CINTAS, E., «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 619 y ss., «este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: su inherente carácter transnacional... la incriminación independiente de la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero equivaldrá expresamente al castigo del mero favorecimiento del inmigrante y no de la inmigración ilegal»; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», p. 58.

⁹⁹ Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 7; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 120; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, p. 209, «concepto unitario de autor, que ha sido adoptado expresamente por nuestro legislador porque se trata de tipos penales habitualmente cometidos por la criminalidad organizada».

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en STS 1059/2005, «*promoción*, equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; el *favorecimiento*, [está] integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y la *facilitación*, viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento»¹⁰⁰ (cursivas nuestras). Si seguimos esta interpretación, parece que el verbo típico «ayudar» es equiparable a «favorecer y facilitar», pero la provocación o incitación subsumibles en el anterior verbo típico «promover» deberían quedar fuera de las interpretaciones posibles del término ahora empleado¹⁰¹. Por ejemplo, pensemos en la persona residente en España que anima decididamente a un familiar a intentar llegar a territorio español con la ayuda de un conocido que se dedica con éxito a tal actividad y del que recibe una cantidad de dinero por cada «cliente» que le obtiene, sin mayor intervención¹⁰². Este está «promoviendo» la entrada de un extranjero (con ánimo de lucro), porque le anima decididamente, pero supondría una interpretación extensiva del tipo considerar que está «ayudando»¹⁰³.

En aras de evitar una interpretación analógica *in malam partem* esta clase de comportamientos podrían considerarse atípicos, especialmente porque los supuestos subsumibles en la conducta de «promoción» tienden a ser más inocuos para el bien jurídico, como el resuelto en la STS 569/2006, de 19 de mayo. Esta sentencia absuelve al ciudadano que, durante el embarque en la estación marítima de Melilla y ante las dudas de

¹⁰⁰ STS 1059/2005, de 28 de septiembre, FJ 5, añade que «podríamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo migratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está inducida en la conducta típica».

¹⁰¹ En este sentido, la STS 466/2012, de 28 de mayo, FJ 5, diferencia tales verbos típicos y sostiene que promoción, antes de la reforma, era la existencia de «presión o influjo de terceros» en la decisión de emigrar.

¹⁰² En cambio, si el familiar enviase una cantidad de dinero su conducta sería subsumible en el art. 318 bis (modalidad atenuada), en el sentido de la STS 659/2016, de 19 de julio, FJ 2.

¹⁰³ A favor de esta interpretación restrictiva la STS 261/2017, de 6 de abril, FJ 9, señala que «el núcleo de tipicidad actualmente recogido en el art. 318 bis, *obviamente más favorable al reo que las redacciones precedentes*, proviene de la Directiva 2002/90/CE» (cursivas nuestras); también el DRAE define «ayudar» como «prestar cooperación, auxiliar, socorrer, hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro», pero no como incitar o motivar; MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», p. 26, señala que «los elementos de las normas deben ser interpretados conforme a las reglas del habla que rigen en la comunidad de habitantes» y entiende que la fabricación de reglas del habla *ad hoc* «representa una estrategia para resolver un caso según el subjetivismo del juez», lo que sucedería en este caso si ampliamos tanto el significado del término «ayudar». En sentido contrario, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 39, «aunque el legislador haya cambiado las palabras empleadas para configurar la conducta típica, en realidad, está castigando lo mismo».

la Guardia Civil, insiste (promoción) en que el DNI falsificado que aportaba su compañero de camarote era auténtico¹⁰⁴.

2.2. La referencia a la «entrada» o «tránsito» irregular por España podría entenderse próximo en su alcance a la derogada noción de «traslado». Con respecto a la entrada, el precepto no abarca solamente aquellos supuestos en los se ayuda a un tercero a entrar en nuestro país burlando los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que, como recuerda la STS 253/2023, de 12 de abril, «en nuestra jurisprudencia anterior [también] habíamos catalogado como tráfico ilegal cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones» (FJ 5). Por ejemplo, se considera ayuda a la entrada (con o sin ánimo de lucro) la solicitud de cartas de invitación para entrar en España aparentando la condición de turista (SAP Pontevedra 3/2023, de 13 de enero).

En cuanto a la permanencia, la práctica revela que la mayor parte de conductas subsumibles en esta modalidad típica se refieren a la prestación de alojamiento. Mencionemos dos ejemplos. La SAP Barcelona 200/2019, de 20 de marzo, en un supuesto de trata, condena por un delito de ayuda a la permanencia irregular a quien da alojamiento a una ciudadana nigeriana sabiendo que ésta era una inmigrante en situación de irregularidad (y que estaba siendo presionada para ejercer la prostitución). El ánimo de lucro quedó acreditado porque obtenía de ella ciertas sumas de dinero que le ayudaban a sostener a su familia (FJ 2)¹⁰⁵. También podemos señalar la STS 482/2016, de 3 de junio. Los hechos probados acreditan que la ciudadana Bárbara, residente en Málaga, se

¹⁰⁴ «Es ilusorio, al menos desde el punto de vista de un observador objetivo e imparcial, pretender que las sospechas de los agentes policiales respecto de la utilización indebida de una documentación oficial por un desconocido, que además pretende entrar en un país procedente de otro distinto, van a desaparecer de modo inmediato solo por la intervención de un tercero, que no alega ni acredita vinculación alguna con el sospechoso que porta el documento, y que tampoco es una persona conocida de alguna forma por los propios agentes, de modo que pudiera emplear cualquiera de esas relaciones para convencer a aquellos de la legalidad de la documentación» (FJ 1).

¹⁰⁵ Como señala GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, p. 15, resulta criticable la falta de coherencia interna entre el ordenamiento administrativo sancionador y el penal. Nuestro legislador no respeta el principio de subsidiariedad y regula como infracción administrativa grave en el art. 53.2 c) LOEx un comportamiento más restrictivo, en cuanto a los sujetos activos, que el previsto en el art. 318 bis 2, a saber, la ayuda (sin ánimo de lucro) a la permanencia irregular cuando el propio autor haya sido el que promueva la entrada irregular con una invitación expresa y el extranjero continúe a su cargo transcurrido el plazo de la autorización. Asimismo, ninguna diferencia se observa entre el delito del art. 318 bis 2 y la infracción muy grave del art. 54.1 b) LOEx, quedando solapadas ambas regulaciones.

dedicaba a facilitar alojamiento y búsqueda de empleo doméstico a mujeres rusas a cambio de una cantidad que solía ser la mitad de su primer sueldo. La AP de Málaga había condenado antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015. La sentencia del TS aplica retroactivamente la reforma introducida por la LO 1/2015, dada su menor penalidad, subsumiendo los hechos en la vigente modalidad de ayuda a la permanencia.

Asimismo, procede indicar que en la nueva redacción ya no se sanciona la ayuda a la salida desde España de un extranjero en situación irregular hacia otros Estados miembros de la UE. Esta contribución queda actualmente impune¹⁰⁶.

2.3. La redacción vigente se refiere a la ayuda a una «persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea», lo que significa que la libertad de movimiento que rige en el Espacio Schengen impide que los ciudadanos de la Unión puedan ser objeto de dicha figura delictiva. Se ha de tratar de nacionales de terceros Estados¹⁰⁷.

2.4. También debemos señalar que la referencia a la vulneración de la «legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros» plantea la siguiente duda interpretativa: si la remisión es a su régimen sancionador previsto en el Título III de la LOEx (arts. 50 y ss.), donde sí se recoge como infracción muy grave «inducir o promover» la inmigración irregular, o más genéricamente a las disposiciones que regulan la entrada y salida previstas en el Título II de la LOEx (arts. 25 y ss.)¹⁰⁸. En adhesión a Pomares Cintas, entendemos que la expresión «de un modo que vulnere» alude al régimen sancionador de la LOEx¹⁰⁹.

Ahora bien, tanto por la literalidad de la norma, como porque se trata de una ley penal en blanco, y nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que el núcleo esencial de la prohibición debe residir en la descripción típica contenida en la norma penal, el tráfico no abarca comportamientos subsumibles en otros verbos típicos más amplios previstos en las sanciones administrativas, como los mencionados

¹⁰⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 5, «resultará impune, por tanto, la ayuda que pueda prestarse a dicha persona a los efectos de salir del territorio en nuestro país».

¹⁰⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 6.

¹⁰⁸ Antes de la reforma de 2015 parecía a favor de esta postura la STS 23/2015, de 4 de febrero, FJ 3: «es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado... sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (arts. 25 y ss. LE)».

¹⁰⁹ POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, año 19, núm. 29, 2015, p. 15; también, la STS 646/2015, de 20 de octubre, FJ 1, indica que «no satisface la exigencia de concreción a que nos referimos la invocación del art. 25» de la LOEx.

verbos «inducir» o «promover», actualmente recogidos en el art. 54.1 b) LOEx¹¹⁰.

3. En cuanto a los elementos del tipo subjetivo, en primer lugar, debemos mencionar que la redacción vigente del art. 318 bis 1 CP acompaña el verbo típico «ayudar» del término «intencionadamente», lo que invita a pensar que el delito de tráfico de personas solo se puede cometer con dolo directo¹¹¹.

Esta tesis tendría cierta relevancia práctica. No son pocos los pronunciamientos condenatorios en los que, a cambio de una contraprestación, se trata de ayudar a la entrada irregular en nuestro país ocultando al extranjero en alguno de los compartimentos del vehículo que se emplea para cruzar el puesto fronterizo que separa España de Marruecos en las ciudades de Ceuta y de Melilla. En estos puestos han venido siendo habituales los momentos de gran afluencia, las largas colas de vehículos y las aglomeraciones de personas (no solo de viajeros locales y visitantes, sino también de vendedores ambulantes, de personas que practican la mendicidad, etc.). En este contexto, que a veces ha sido ciertamente caótico, son imaginables situaciones en las que, fruto de la desesperación, algún ciudadano extranjero trate de sujetarse a los bajos de un vehículo para conseguir entrar en nuestro país. En estos casos, el comportamiento del conductor del vehículo encaja en los elementos del tipo objetivo, ya que con su conducción ayuda a la entrada irregular de un extranjero en nuestro país. Ahora bien, no se puede afirmar que concorra dolo directo en estos casos, es decir, que se trate de una ayuda «intencionada». Normalmente el conductor podrá haber escuchado algún ruido debajo del vehículo, lo que será encuadrable bajo la noción de imprudencia consciente o, como mucho, de dolo eventual conforme a la teoría de la probabilidad. De manera que si afirmamos que solo son subsumibles comportamientos en los que concorra dolo directo, este tipo de supuesto que se puede dar en la frontera terrestre debería considerarse atípico.

Asimismo, son imaginables supuestos de error de tipo, como el supuesto que resolvió la SAP Cádiz 170/2005, 19 de mayo. En este asunto,

¹¹⁰ MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», p. 15, «la voluntad de la ley no puede ser alterada por otro poder del Estado, de ahí la exigencia de que la constitucionalidad de una ley penal en blanco esté condicionada por la determinación legislativa del núcleo esencial de prohibición»; GONZÁLEZ AGUADELO, G., «El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco. Una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 22 y ss., considera que la teoría del complemento indispensable es más coherente con la reserva de ley.

¹¹¹ De la misma opinión, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 7, pese que señala en la cita 16 que el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, al que había sido el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, expresamente entendió que el empleo de este adverbio no impedía que el delito pudiera ser cometido con dolo eventual.

un ciudadano mayor de edad y sin antecedentes penales fue detenido en la estación marítima de Ceuta cuando se disponía a embarcar con destino a Algeciras, conduciendo un automóvil de su propiedad y viajando como acompañante un ciudadano marroquí que portaba un documento de identidad falsificado. No quedó acreditado que el conductor supiese que el acompañante residía ilegalmente en nuestro país, de modo que no quedó constatado el elemento cognoscitivo del dolo. En la medida en que no fue posible acreditar dolo directo y que no se regula la modalidad imprudente, su comportamiento se consideró atípico.

En segundo lugar, el delito de tráfico de personas exige la concurrencia de ánimo de lucro. El ánimo de lucro se define como «cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta» (STS 416/2007, de 23 de mayo, FJ 12). Como hemos anotado, este elemento es el que distingue el mero favorecimiento o ayuda del tráfico de personas.

En la práctica encontramos un elevado número de pronunciamientos condenatorios por esta figura, lo que revela que es una realidad cuantitativamente numerosa y aplicable tanto a traslados marítimos, como aéreos y terrestres. Por ejemplo, la SAP Islas Baleares 72/2023, de 27 de febrero, condena por tráfico de personas a quien había cobrado entre 1500 y 1600 euros por pasajero adulto en una travesía entre Argelia y las Islas Baleares; mientras que la SAP Málaga 5/2014, de 13 de enero, condena por tráfico de personas a quien había cobrado 300 euros a un migrante para ayudarle a entrar en Melilla escondido en un vehículo.

4. Por último, reflexionamos sobre la estructura o modalidad típica del tráfico de personas. La jurisprudencia ha señalado que se trata, en atención a la exigencia de resultado, de un delito de mera actividad. En cuanto al menoscabo del bien jurídico, encontramos algunos pronunciamientos que convienen que estamos ante un delito de peligro de abstracto, ya que no exige la efectiva lesión de los derechos del ciudadano extranjero¹¹². Sin embargo, como sostenemos que nos encontramos ante

¹¹² Lo tilda de delito de simple o mera actividad la STS 545/2006, de 23 mayo (FJ 2) o la SAP Málaga 18/2006, de 21 de marzo, «el delito definido en el artículo 318 bis del Código Penal es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de favorecimiento o promoción sin exigir que se consiga la llegada efectiva a territorio español» (FJ 2). También, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 6. En atención al menoscabo al bien jurídico, la STS 23/2015, de 4 febrero, FJ 3, recuerda una línea jurisprudencial que apunta que el bien jurídico «no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas—, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal *delito de peligro abstracto* que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral» (cursivas nuestras).

un delito que protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, como es la política migratoria, entendemos que su estructura típica encaja más adecuadamente en la de un delito de acumulación¹¹³.

El legislador castiga el tráfico de personas no porque aisladamente una única conducta de tráfico vaya a afectar, a menoscabar, a poner en jaque el conjunto de instituciones y medidas que el Estado implementa para controlar los flujos migratorios o porque una sola entrada irregular vaya a traer consigo un impacto socioeconómico perceptible, sino porque el legislador es consciente de que la acumulación de un número significativo de tales comportamientos de tráfico sí podría lesionar, sí podría afectar negativamente a la política migratoria que trata de implementar.

5. En definitiva, la configuración vigente del delito de tráfico de personas responde a la estructura típica del delito de acumulación y es ligeramente más restrictiva que la redacción previa a la reforma operada por la LO 1/2015. La parte objetiva del tipo consiste en «ayudar» a un extranjero a la entrada, tránsito o estancia en España de un modo que vulnere la legislación administrativa correspondiente y la parte subjetiva del tipo exige dolo directo y ánimo de lucro. A diferencia de la normativa en el ámbito universal, la regulación española y de la Unión Europea no exige que los sujetos activos pertenezcan a una organización o grupo criminal, circunstancia que, como veremos enseguida, será apta para agravar la pena.

3.4. Modalidades agravadas

3.4.1. Cuando los hechos se hubieren cometido en el seno de una organización criminal

1. El art. 318 bis 3 en su apartado a) castiga el tráfico de personas con la pena de prisión de cuatro a ocho años «cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades». Si los intervinientes son jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, «se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

Valoramos positivamente la criminalización de esta modalidad cualificada. El desvalor del comportamiento de quienes ejercen en grupo y

¹¹³ Ya hace más de quince años, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito*, pp. 122 y ss.; DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Una píldora sobre los delitos de acumulación», en Valverde Cano, A.B., Basso, G.J. (Dirs.), *Derecho penal en tres minutos*, Eolas, Madrid, 2023, p. 88, «los delitos de acumulación no son delitos de lesión, ni de peligro concreto ni de peligro abstracto, sino una estructura delictiva autónoma conforme a la cual se tipifican comportamientos que solo acumulados en gran número pueden llegar a poner en peligro o a lesionar el bien jurídico colectivo que anticipadamente protegen».

profesionalmente el tráfico de personas es, sin duda, sensiblemente mayor, encontrando una doble fundamentación de la agravación¹¹⁴. Por un lado, porque estas organizaciones se aprovechan de la desesperación que empuja a miles de personas en situación de vulnerabilidad a emprender proyectos migratorios y se lucran a su costa. Ofrecen servicios de traslado y transporte que, como la dramática experiencia demuestra, carecen habitualmente de las mínimas condiciones de seguridad y salubridad, mostrando desprecio hacia la vida, integridad y dignidad de los migrantes¹¹⁵. Por otro lado, valoramos positivamente su criminalización porque es más sencillo poner en jaque el bien jurídico colectivo «política migratoria» e, incluso, la propia soberanía del Estado, cuando la empresa criminal se pone en marcha desde el seno de una organización. La coordinación de medios materiales y personales inherente a tales estructuras revela que sus acciones pueden ser de considerable entidad¹¹⁶. Además, el Plan de Acción Renovado de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes estima que «aproximadamente el 50 % de las redes implicadas en el tráfico ilícito de migrantes son polidelictivas», participando también en actividades de trata de seres humanos, tráfico de drogas, fraude de impuestos especiales, tráfico de armas de fuego o blanqueo de capitales¹¹⁷.

2. Este subtipo agravado, en atención al bien jurídico, es un delito pluriofensivo. Junto a la protección de la política migratoria, entendemos que se está protegiendo el orden público en su concepción institucional,

¹¹⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 140, «de una parte, la mayor capacidad de afección al bien jurídico política migratoria que tienen las organizaciones criminales (ya que, su planificación y estructura propias, sin duda, van a facilitar la entrada de un mayor número de inmigrantes en España); y, de otra parte, la mayor probabilidad de lesión de los bienes jurídicos personales».

¹¹⁵ De opinión similar, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 11; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», pp. 50-51, identifica a través de algunos estudios criminológicos como rasgos propios de las organizaciones que se dedican al tráfico de personas: que se adaptan con facilidad a los cambios de ruta, que se trata de un negocio lucrativo en el que existen unas bajas barreras de entrada, lo que impide la formación de grandes monopolios, la conexión étnica, lingüística y/o geográfica entre los traficantes y los migrantes, así como la variedad de las formas de tráfico y el severo impacto en los colectivos vulnerables, como es el caso de los menores no acompañados.

¹¹⁶ BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada y “maremágnun normativo” tras la LO 5/2010, de 22 de Junio», *InDret*, núm. 2, 2023, p. 328, la cual señala un poco más adelante que son rasgos comunes a las organizaciones criminales su actuación transnacional, la complejidad estructural, la adopción de organigramas propios del ámbito empresarial, el uso sistemático de la corrupción y el blanqueo e, incluso, la capacidad de generar intimidación (335).

¹¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)», p. 4: «en algunos casos, estas redes tienen vínculos con organizaciones delictivas violentas o grupos armados, como en algunas zonas del Sahel, y pagan por transitar de forma segura por secciones de territorio bajo su control».

el cual es definido por Bocanegra como «el correcto e imparcial funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y de los mercados»¹¹⁸. Como señala esta autora, la organización criminal es una «máquina delictiva» y su mera existencia, en esta constelación delictiva, implica un ataque más serio y pone en peligro algo más que la política migratoria estatal, el orden público en sentido institucional, de ahí el incremento punitivo¹¹⁹.

Los elementos del tipo objetivo coinciden con los del tipo básico de ayuda a la entrada o tránsito (no a la permanencia), pero se añade que los autores hayan actuado en el seno de una «organización» que se dedique al tráfico de personas. Por organización criminal el art. 570 bis CP comprende la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2.1. La Circular FGE 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, y sobre la base de una línea jurisprudencial consolidada, recuerda que los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización (o grupo) criminal frente a los supuestos de codeincuencia o ejecución del delito por una pluralidad de personas son los siguientes: (i) el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supere la simple u ocasional «consorciabilidad» para el delito; (ii) la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan; (iii) la distribución de cometidos o tareas a desarrollar; (iv) la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada; y (v) el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal¹²⁰.

En palabras de García Álvarez, esto supone «que para que pueda ser apreciado este tipo cualificado no va a ser suficiente el que el hecho sea cometido por varias personas a título de autor, sino que será necesario que quede acreditado que esa agrupación tiene carácter, cuanto menos,

¹¹⁸ BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización criminal y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 99.

¹¹⁹ En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el orden público», en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 476, «el fenómeno de la criminalidad organizada atenta contra la base misma de la democracia».

¹²⁰ Circular 2/2011, de 2 de junio, de la FGE sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 20 y ss.

estable y que los miembros de la misma se reparten de forma consensuada tareas con el fin de delinquir»¹²¹.

2.2. Es también importante señalar que, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, el ámbito de aplicación del art. 318 bis era más amplio que la redacción vigente, ya que bastaba para aplicar esta modalidad con que se tratase de una «organización o asociación, incluso de carácter transitorio» que se dedicara al tráfico. Sin embargo, tras la última reforma el precepto sólo emplea el término «organización». Entendemos que el legislador utiliza este concepto no en el sentido de la pertenencia a un mero grupo criminal del art. 570 ter CP, el cual se concibe como unión más contingente y menos formalizada¹²², sino en el sentido de su «hermana mayor» (STS 30/2019, de 29 de enero), es decir, del delito de constitución o pertenencia a una organización criminal que regula el art. 570 bis CP¹²³.

Asimismo, procede anotar que la redacción vigente del art. 318 bis plantea, al menos, dos dudas interpretativas por su relación con los arts. 570 bis y ter CP.

Primero, cuando los autores del tráfico de personas actúan desde el seno de una organización criminal surge el interrogante de si se ha de aplicar el tipo cualificado de tráfico o el tipo básico de tráfico en concurso con el delito de organización criminal del art. 570 bis CP, para no incurrir en infracción del principio *non bis in idem*, ya que el art. 570 quater CP prevé una excepción a las reglas generales del art. 8 CP e impone que, en caso de concurso aparente de leyes, se aplique el principio de alternati-

¹²¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», pp. 11-12.

¹²² BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada», p. 337, el grupo criminal «viene configurado en el art. 570 ter 1 II CP de manera residual respecto a la “organización criminal”, como una agrupación de al menos tres personas dedicadas a cometer delitos, pero sin las notas de vocación de estabilidad y actuación coordinada bajo un reparto de roles que caracterizan a la organización»; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o de un grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP): ¿Un problema de autoría y participación o de tipicidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, p. 15, «solución “comodín” para castigar lo que no es organización criminal»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», *InDret*, núm. 1, 2012, p. 23, añade que en la delimitación tradicional entre asociación o grupo y organización destacaban tres notas: la orientación a la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo.

¹²³ En el fondo, la redacción actual del precepto permite volver a la interpretación restrictiva que pareció trancar la reforma operada por LO 5/2010. Sobre ello, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», pp. 22 y 26; en contra de esta interpretación, LAFONT NICUESA, L., «La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros», Ponencias de Formación Continuada, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado, Coruña, 2017, pp. 35-36, «en mi opinión sí está incluido... siempre que se acuse por organización criminal, alternativamente hay que hacerlo por grupo criminal».

dad, es decir, la figura con la pena mayor. La duda surge porque en este caso ambas figuras se castigan con la misma pena (prisión de cuatro a ocho años). A nuestro juicio, la previsión del art. 570 quater CP se concibe como una salvaguarda que el legislador establece por si hubiese algún precepto en el que el reproche, medido por la cantidad de pena señalada, se revele muy dispar al de la figura del art. 570 bis CP. En cambio, si se prevé la misma pena, entendemos que deben regir las reglas generales del art. 8 y este interrogante exegético se ha de resolver conforme al principio de especialidad, es decir, ha de aplicarse, como así viene haciendo la jurisprudencia, el tipo cualificado de tráfico de personas del art. 318 bis 3 CP¹²⁴.

Segundo, cuando los autores del tráfico de personas están organizados de tal manera que ya no es un mero supuesto de coautoría, aunque aquella no sea muy rígida ni quede acreditada la vocación de permanencia, entonces no se podrá aplicar el art. 318 bis 3 CP, sino que se habrá de aplicar el tipo básico del delito de tráfico de personas en concurso con el delito de pertenencia a un grupo criminal del art. 570 ter 1 c) CP¹²⁵.

3. Recientemente, la STSJ Andalucía 280/2020, de 20 de octubre, condena por el tipo cualificado del tráfico de personas a los organizadores de dos traslados de inmigrantes en situación irregular en patera desde Marruecos hasta la costa andaluza. En este caso, quedaron acreditados los elementos inherentes a toda organización criminal. El tribunal constata que había una estructura y que planificaron el reparto de tareas: Sabino ponía anticipadamente el dinero para comprar la patera y organizaba

¹²⁴ Creemos que se puede leer en este sentido a VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», p. 27, «debe defenderse, ya no solamente por mor del principio de alternatividad, sino en virtud del de especialidad e incluso subsidiariedad, la aplicación preferente» del subtipo agravado de trata. FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 530, se muestra especialmente crítica con la regla del art. 570 quater CP. Además, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada», p. 339, señala con acierto que es «incoherente» que el legislador tipifique como figura autónoma la pertenencia o constitución de una organización criminal y que, al mismo tiempo, lo prevea como circunstancia agravante específica para algunos delitos, porque estos subtipos agravados vendrían a reflejar «la voluntad de circunscribir el castigo de dicha conducta a una lista cerrada de supuestos».

¹²⁵ No hemos encontrado pronunciamientos en este sentido, aunque esta solución así la pone de manifiesto la Circular FGE 2/2011, p. 27: «existen subtipos agravados que sólo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, de modo que no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el art. 570 ter cuando el sujeto activo del delito cometido en el seno del grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas previstas en el art. 570 ter». En la doctrina científica, FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales», p. 530, «tratándose de grupo criminal no se plantea un conflicto de normas, sino un concurso real entre el tipo básico del delito cometido y el art. 570 ter CP».

el viaje desde su domicilio en Baleares, Rodrigo recogía el dinero de los migrantes y viajaba con ellos pilotando la embarcación y Segundo les esperaba en la costa peninsular y practicaba traslados una vez habían alcanzado suelo nacional. También facilita la apreciación del carácter estable o por tiempo indefinido el hecho de que realizaron más de un traslado en pocos meses.

Con todo, no siempre resulta sencillo acreditar o probar la existencia de una organización criminal, lo que se aprecia en numerosos pronunciamientos desestimatorios, tendencia que quizás se ha acentuado desde la redacción más restrictiva que introdujo la LO 1/2015. Veamos algunos ejemplos.

La SAP Islas Baleares 72/2023, de 27 de febrero, reconoce que «la realización de una travesía clandestina desde las costas de Argelia hasta Baleares requiere de una planificación y de una infraestructura de medios materiales y personales» (FJ 3), pero en dicho asunto descarta que haya quedado acreditada la existencia de una organización criminal porque, a la vista de la declaración del testigo protegido, solo se habría advertido un supuesto de codeinfluencia, ya que solo se identificó a dos intervinientes. Por un lado, el acusado (patrón), y, por otro, el tercero al que se entregó el dinero.

La SAP Islas Baleares 449/2022, de 28 octubre, en un supuesto similar también señala que es de imaginar que una travesía de estas características requiere de planificación y de una infraestructura, sin embargo, «esta circunstancia no puede deducirse del sólo hecho de que [el acusado] fuera el patrón de la embarcación» (FJ 4). Entiende la AP que no se ha practicado prueba suficiente para acreditar esa circunstancia agravante y le absuelve de esta modalidad.

La SAP Málaga 31/2020, de 26 de noviembre, conoce de un asunto en el que varios acusados, previo pago de cierta cuantía, organizan el traslado clandestino a la península de doce inmigrantes irregulares en una pequeña embarcación. Consta acreditado que intervinieron al menos tres personas en el plan criminal, lo que sería un indicio para advertir una organización criminal en el sentido del art. 570 bis CP, pero la AP lo descarta porque entiende que solo se ha podido documentar un concierto ocasional: «el mero y ocasional reparto de funciones —como el de patrón de la embarcación o la adquisición de ésta— no diferencia el caso delictivo de otro cualquiera en el que participan varias personas, codeinfluencia que, como ha quedado dicho, no implica *per se* la existencia de organización en el sentido pretendido por la acusación» (FJ 5).

O, por citar otro ejemplo, la SAP Cádiz 177/2019, de 3 junio, se ocupa de la acusación de quien se desempeñó como patrón de una embarcación «contratado por personas no identificadas encargadas de la organización del viaje» en el que se trasladó a varios extranjeros en situación irregular. La AP absuelve de esta modalidad agravada por falta de prueba: solo se

ha identificado a «la persona que pilota la nave» y, aunque «se ha aludido a otra que cobra el dinero, y a una serie de personas intermediarias no identificadas que trasladan a los inmigrantes desde sus puntos de origen a una casa en Tánger, esperando embarcar», así como a «una serie de personas armadas al parecer de seguridad, cuando realizan el acceso a la embarcación», entiende que no es suficiente para enervar la presunción de inocencia: «no podemos asegurar que el traslado y el transporte de inmigrantes, el traslado a Tánger y luego a Asilah, implique que el acusado formase parte de una organización en los términos del subtipo agravado» (FJ 4).

Señalado lo anterior, podría transmitirse la impresión de que supuestos de este tipo, en los que existe una intuición insuficiente para acreditar la existencia de la organización criminal, se tratan de manera «privilegiada» tras la disminución de la pena para el tipo básico de tráfico de personas que operó la LO 1/2015. Sin embargo, esta impresión sería poco ajustada a la realidad, porque la cautela de la jurisprudencia en la aplicación del subtipo de organización criminal del apartado a) del art. 318 bis 3 CP contrasta con la predisposición que muestra a aplicar el subtipo de puesta en peligro de la vida o la salud del apartado b), castigado con la misma pena. Expresado con otras palabras: en estos supuestos no ha habido un atemperamiento del rigor punitivo. La aplicación más restrictiva de la modalidad de organización criminal queda compensada, con creces, por la aplicación recurrente del subtipo de puesta en peligro de la vida o la salud. Por ejemplo, en las cuatro sentencias que acabamos de mencionar se condena a los acusados por dicho subtipo agravado.

4. En definitiva, la modalidad agravada de organización criminal sólo se puede aplicar cuando quede probada la concurrencia de aquella en el sentido del art. 570 bis CP. Esto significa que la LO 1/2015 ha traído consigo una reducción del alcance de este subtipo, ya que antes aludía al posible carácter transitorio de la organización, lo que permitía entender incluido en su literalidad el mero grupo criminal del art. 570 ter CP. Pese a lo señalado, no ha habido una disminución reseñable del rigor punitivo en los casos grises, porque pese a las numerosas absoluciones por el art. 318 bis 3 a) CP, encontramos una predisposición de la jurisprudencia a aplicar la modalidad de puesta en peligro de la vida y la salud. A continuación, analizamos sus elementos y exponemos que, a nuestro juicio, el origen de su abundante aplicación reside en una incorrecta interpretación del mismo como delito de peligro abstracto y no de peligro concreto.

3.4.2. Cuando se hubiere puesto en peligro la vida o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves

1. De acuerdo con la redacción dada por la LO 1/2015 al Título XV bis del CP, el artículo 318 bis 3 en su apartado b) castiga con la pena de prisión de cuatro a ocho años tanto el delito de ayuda sin ánimo de lucro a

la entrada y tránsito irregular como el delito de tráfico ilegal de personas «cuando se *hubiera puesto en peligro* la vida de las personas objeto de la infracción, o se *hubiera creado el peligro de causación* de lesiones graves» (cursivas nuestras). Este subtipo cualificado del delito de tráfico ilegal de personas es un delito pluriofensivo. A la protección de la política migratoria se suma una nueva dimensión protectora: la vida y la salud de los migrantes que, con ayuda, entren o transiten irregularmente por España.

La redacción ofrecida por el legislador español deja abierto el siguiente interrogante: *¿es este subtipo cualificado del delito de tráfico ilegal de personas un delito de peligro concreto o de peligro abstracto?* La trascendencia dogmática y las consecuencias prácticas de esta caracterización son relevantes porque la distinción entre el marco penológico aplicable al tipo básico de tráfico y al tipo cualificado es muy significativa. Del límite máximo de un año de prisión se asciende al límite máximo de ocho años.

Para tratar de responder a esta pregunta, debemos descartar la ayuda de los instrumentos internacionales que impulsaron la labor de nuestro legislador. Por un lado, en el plano internacional, el Protocolo de Palermo o Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, contiene una definición ambigua: los Estados parte podrán considerar como agravante toda circunstancia que «*ponga en peligro o pueda poner en peligro* la vida o la seguridad de los migrantes afectados» (cursivas nuestras). La primera expresión de puesta en peligro (efectiva) parece facultar la aprobación de un tipo de peligro concreto. La segunda expresión de «poder poner en peligro» adelanta, en cambio, la protección. En vez de frente a una situación de peligro concreto, se protege frente a acciones intrínsecamente peligrosas, protección a la que se acomoda el tipo de peligro abstracto. Además, los trabajos preparatorios del protocolo a los que hemos podido acceder y las notas interpretativas que formularon los Estados no se pronuncian sobre este extremo. Por otro lado, en el ámbito europeo, la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, no contiene referencia alguna a esta modalidad cualificada. En definitiva, no encontramos en las normas internacionales criterios para guiar la interpretación del precepto.

Dirigimos nuestra atención, por ello, al ámbito interno. La doctrina penal española se ha pronunciado mayoritariamente a favor de interpretar como delito de peligro concreto el tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o de la salud de los migrantes¹²⁶. Esto es, el

¹²⁶ Entre otros: PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, pp. 94 y ss., p. 270 ; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 105 y ss.; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, CGPJ, 1999, p. 395; *el mismo*, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Laurenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 340; GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El

tipo cualificado entraría en juego cuando el comportamiento de tráfico se cometa con desprecio hacia la vida o la salud de las personas, provocando una concreta situación de peligro para aquellos bienes jurídicos. El artículo 318 bis 3 b) sería un subtipo cualificado por el resultado, por la situación de peligro creada para un bien jurídico individual.

Sin embargo, esta interpretación no ha sido unánime en la jurisprudencia. En este sentido, la STS 11/2018, de 15 de enero, ha reconocido que «la jurisprudencia de esta Sala no presenta la uniformidad que habría sido deseable»¹²⁷ y se inclina por la postura de la doctrina penal: «toda apunta a que esta última caracterización [como delito de peligro concreto] es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal». A pesar de esta declaración, a nuestro juicio, la jurisprudencia sigue tratando el delito de tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o salud, mayoritariamente, ya sea de manera tácita, ya de manera expresa, como un delito de peligro abstracto y no tanto como un delito de peligro concreto. En lo que sigue esquematizamos en tres grupos los pronunciamientos que hemos analizado, lo que creemos que contribuye a la mejor comprensión del fenómeno jurisprudencial al que nos referimos.

2. Encontramos un primer grupo de sentencias que describen este subtipo como delito de peligro concreto, pero sólo formalmente, es decir, lo aplican sin haber constatado la requerida situación de peligro¹²⁸.

tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 12. También se ha consolidado esta comprensión en la «manualística»: GIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*, Iustel, Madrid, 2012, p. 89; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 502; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Morillas Cuevas, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 689.

¹²⁷ También apuntan en esta dirección la STS 388/2018, de 25 de julio, o la SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre.

¹²⁸ Sin ánimo de exhaustividad: SAP Murcia 16/2020, de 28 de enero; STS 11/2018, de 15 de enero; SAP Almería 267/2017, de 8 de junio; SAP Granada 302/2013, de 24 de mayo; SAP Cádiz 422/2012, de 19 de diciembre; STS 152/2010, de 2 de marzo; STS 491/2005, de 18 de abril; SAP Cádiz 196/2004, de 21 de julio; STS 1248/2002, de 28 de junio. Más recientemente el ATS 1063/2022, de 24 noviembre, FJ 2, afirma que «esta cualificación da lugar a la tipificación de un delito de peligro concreto y tiene presente las situaciones de alto riesgo en que muchas ocasiones se produce el tráfico ilegal de personas», pero en el asunto que le ocupa parece que solo da detalles sobre el potencial estadísticamente peligroso de la travesía: «los acusados carecían de la titulación y de la experiencia necesaria, y la nave utilizada no reunía las condiciones necesarias para una travesía en alta mar y de larga duración, estando cargada con más del doble del peso máximo... no proporcionándoles a los pasajeros chalecos de seguridad, sin que funcionara la bomba de achique automático que tenía instalada, incrementándose debido a ello el riesgo de naufragio, y realizando parte de la travesía de noche», «además en la cubierta del barco había numerosos bidones de gasolina» y al acercarse a tierra el patrón se saltó el alto de una patrullera de la Guardia

Entre otras, la STS 1248/2002, de 28 de junio, condena por la modalidad agravada a los dos patrones de una patera que trasladó hasta Gran Canaria a trece personas en situación irregular. Los recurrentes alegan ante el Tribunal Supremo que no se ha respetado su presunción de inocencia porque no se ha practicado prueba alguna que acredite que su conducta haya puesto en «peligro concreto» la vida o salud de las personas objeto del tráfico. El Tribunal Supremo recuerda que «la determinación de la concurrencia en los hechos enjuiciados del peligro que contempla el art. 318 bis 3º CP debe ser obtenida por el tribunal mediante un juicio de inferencia, deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico». Apuntado esto, el Tribunal Supremo entiende que el juicio de inferencia no fue irracional o absurdo. Sin embargo, los motivos que ofrece se centran en la peligrosidad genérica que tiene la travesía en patera: se empleó una «embarcación precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayuda a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil... Si a estas consideraciones se añade la realidad que ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto la certeza del grave peligro... habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano». No cabe ninguna duda de que el Tribunal Supremo trata este subtipo como un delito de peligro abstracto. El tipo se ha aplicado porque en abstracto, conforme a las reglas de la experiencia, la travesía en patera organizada por los autores es peligrosa.

De manera similar, la STS 491/2005, de 18 de abril, imputa la modalidad cualificada de tráfico a un ciudadano marroquí que transportó a 27 personas desde Marruecos a Lanzarote. El patrón de la embarcación fue interceptado cuando se encontraba ya de vuelta a Marruecos. La AP señaló que la vida e integridad de los ocupantes se puso en «concreto peligro» porque se trataba de una embarcación pequeña, «totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía de casi 24 horas, careciendo de las mínimas condiciones de seguridad». A lo anterior, el Tribunal Supremo añade, de nuevo, que «la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado», pone de manifiesto la «certeza del grave peligro» que aprecia la AP. El Tribunal Supremo vuelve a ofrecer una aplicación del precepto como delito de peligro abstracto. Si, como señala la doctrina, para acreditar la creación de un resultado de peligro concreto es necesario que la acción haya avanzado hasta el punto

Civil «aumentando la velocidad de la nave, hasta el punto de que la patrullera no pudo darle alcance», todo lo que habría puesto «en concreto peligro la vida y la integridad física de las personas que transportaron».

en el que la producción del resultado lesivo (muerte, lesiones) ya solo puede ser evitado por externalidades no controlables por el autor, fruto de la casualidad, entonces no se puede afirmar que el patrón haya creado una situación de peligro concreto para la tripulación. Que esta forma de entrada clandestina sea estadísticamente peligrosa, no debería bastar para aplicar el subtipo agravado.

Más recientemente, la STS 152/2010, de 2 de marzo, sanciona con el tipo agravado a los patrones de una patera que transportaron ilegalmente a España a 62 inmigrantes «valiéndose de sus conocimientos de navegación». El recorrido fue de más de 800 km, entre el extremo norte de Mauritania y Gran Canaria. Uno de los motivos de casación de los patrones alega que no habrían puesto «en concreto peligro» la vida o la salud de las personas transportadas. La AP señaló, entre otras razones, que la embarcación «carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior, en caso necesario, así como de chalecos salvavidas para todos los viajeros o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia que pudiera presentarse». Para el Tribunal Supremo «resulta indiscutible que utilizar una embarcación con las características de la intervenida» supone poner «en peligro» la vida o la salud de los migrantes transportados.

También la SAP Murcia 16/2020, 28 de enero, condena a dos patrones argelinos que transportaron desde Argelia hasta las proximidades del Cabo de Palos a 16 migrantes. Entiende la AP que «con dicha actuación se puso en peligro la vida de los demás ocupantes, por cuanto dicha embarcación “patera” es inviable técnica y materialmente para una navegación marítima superior a la costera», «nuestra doctrina jurisprudencial indica que existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro, entre ellos, los traslados en frágiles embarcaciones generadores por sí del peligro concreto [!]

En definitiva, este primer grupo de sentencias se refiere expresa o tácitamente a la creación de un peligro concreto, pero sólo formalmente. A la hora de analizar el supuesto de hecho, el delito de tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o de la salud se aplica como delito de peligro abstracto. Es decir, no se atiende a los criterios que la doctrina ha desarrollado para identificar la realización de la situación de peligro, tales como que la acción inicie un curso causal tendente a la lesión y que esta no se produzca por «casualidad» o por circunstancias en las que el autor no podía confiar. En estos pronunciamientos nuestros tribunales, en cambio, se preocupan sólo de examinar la peligrosidad general, estadística, de la acción, de su peligro abstracto.

¹²⁹ Y continúa: «el haber alcanzado la costa española, no difumina, ni enerva la existencia de un riesgo para la vida e integridad física que existió durante la travesía, con independencia del éxito de la misma».

3. Un segundo grupo de sentencias, más minoritario, reconoce lo que se intuye en el grupo anterior, esto es, que la modalidad agravada se interpreta como un delito de peligro abstracto. La STS 689/2005, de 3 de junio, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, en la que se condena por el tipo cualificado a Andrés, quien, provisto de traje de neopreno, remolcó a nado una balsa de goma de pequeñas dimensiones ocupada por dos ciudadanos extranjeros desde la costa de Marruecos hasta la ciudad de Ceuta, con la intención de introducirlos de forma ilegal en España. Cuando se encontraban a unos trescientos metros de la costa, una patrulla de la Guardia Civil acudió al lugar del previsible desembarco. En ese momento, Andrés abandonó la balsa y se dirigió a nado a un lugar de la costa para esconderse, mientras los inmigrantes transportados llegaron a la orilla utilizando las manos como medio de propulsión. Queda acreditado que uno de ellos presentaba síntomas de hipotermia porque tenía la ropa completamente mojada, precisando asistencia médica. El Tribunal Supremo desestima el recurso de Andrés porque «es dato de experiencia que, en este escenario, no estando acreditado conocimientos de natación, no es serio cuestionar el riesgo para la vida de los transportados». Se justifica la aplicación del subtipo cualificado porque la puesta en peligro de la vida o de la salud merece «un plus de punición», «puesta en peligro que debe estimarse como peligro abstracto... no se exige una situación de concreto peligro para las personas transportadas» (FJ 2).

En este sentido, también podemos señalar la STS 1268/2009, de 7 de diciembre. Esta sentencia desestima el recurso de los patrones de una patera que, valiéndose de sus conocimientos de navegación (eran marineros), transportaron en su interior a 65 migrantes de origen subsahariano desde Nuadibú (Mauritania) hasta el sur de Gran Canaria, a cambio de una cantidad que oscilaba entre 450 y 900 euros: «la embarcación era totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía desde el continente africano hasta las Islas Canarias, carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior en caso de que fuera necesario, así como de chalecos salvavidas o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia». Los recurrentes alegan que se ha aplicado erróneamente el tipo agravado porque «se trata de un delito de peligro concreto, y en los hechos probados no se recoge la existencia de tal peligro». En cambio, el Tribunal Supremo entiende que «el viaje, en tales condiciones, constituía un evidente peligro para la vida, salud o integridad de los viajeros. Debe significarse que el peligro enunciado en el tipo es abstracto, que no concreto, esto es, para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos» (FJ 2).

Pese a que rechazamos la interpretación del subtipo como de peligro abstracto, entendemos que, en caso de que como tal se aplique, lo conveniente es que así sea expresada su condición por la jurisprudencia, como en estos asuntos.

4. Podemos mencionar, en tercer lugar, que también algunas sentencias siguen la interpretación que consideramos correcta y aplican el subtipo agravado como un auténtico delito de peligro concreto.

Entre otras, la STS 22/2012, de 23 de enero, se refiere a los siguientes hechos probados: los recurrentes, de común acuerdo con los promotores del viaje, que permanecieron en tierras mauritanas, se constituyeron en grupo con el fin de asumir el gobierno de una embarcación para transportar, al menos, a 59 personas con destino a España desde Nuadibú (Mauritania). Los recurrentes realizaron diversas labores de gobierno, de pilotaje de la nave, dieron órdenes al pasaje, les informaron de las circunstancias del trayecto con el fin de mantener la disciplina y prepararon la comida que después se repartía, junto con el agua, al resto de personas. Ha quedado acreditado que la embarcación («cayuco») era absolutamente inadecuada para la travesía de cientos de kilómetros entre Mauritania y España. De hecho, era utilizada habitualmente para labores de pesca de bajura. El viaje por alta mar se prolongó durante casi una semana, hasta que llegaron a la isla de La Gomera por sus propios medios. Ante la errónea previsión de agua y alimentos, las reservas se agotaron el tercer día. Esto provocó una situación generalizada de debilitamiento y deshidratación del pasaje. Se ha probado la muerte de cinco tripulantes, cuatro durante el tránsito y uno a su llegada a La Gomera. El Tribunal Supremo entiende que la organización de esta expedición marítima en tales condiciones supuso «no sólo la promoción de un tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, carentes de la autorización y requisitos legales para ello, con destino a nuestro país, sino, es más, la puesta en peligro concreto y grave para la vida, o cuando menos, la salud de las mismas». Por tanto, ratifica la sentencia de la AP de Tenerife, que había condenado a los coautores por cinco homicidios imprudentes, en concurso ideal, y un delito de tráfico ilegal de personas en su modalidad cualificada de puesta en peligro —concreto— para la vida o salud del resto de supervivientes.

El sentido de esta sentencia también se observa en la SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre. Se trató del traslado de 30 personas en patera desde la costa de Marruecos a Canarias a cambio de una remuneración. Tras cinco días de travesía, el patrón de la patera ejecutó una maniobra de aproximación a tierra firme muy precipitada y arriesgada, lo que terminó provocando la colisión de la embarcación con una roca. Varios tripulantes cayeron al mar, produciéndose la muerte de dos personas. En este caso también se aplica correctamente el tipo agravado del tráfico ilícito de personas, dado que se puso en peligro concreto la vida o salud de los ocupantes de la patera supervivientes¹³⁰.

¹³⁰ La SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre, presenta, no obstante, alguna declaración ambigua. Por un lado, señala que «la situación de peligro se infiere sin ambages de las circunstancias propias en las que se hizo el viaje», lo que parece tener

5. En conclusión, observamos que nuestra jurisprudencia ha sido muy heterogénea. Defendemos que este precepto ha de ser interpretado como un delito de peligro concreto y que, en consecuencia, la concreta situación de peligro tiene que ser inferida de las circunstancias en que se realiza el traslado. Si el tipo cualificado del artículo 318 bis 3 b) es un delito de peligro concreto entonces sólo podemos admitir su aplicación cuando las circunstancias nos permitan representar esa situación concreta de peligro, no como una hipótesis basada en la experiencia, sino como la consecuencia natural a la que, desde una perspectiva *ex ante*, dirigía el comportamiento del traficante. No parece suficiente que la acción sea meramente peligrosa. Casi toda ayuda a la entrada clandestina en nuestro país por vía marítima o por vía terrestre va a adolecer de ciertos riesgos y peligros para los bienes más personales del migrante. Para aplicar el subtipo cualificado no es suficiente una presunción genérica de que el comportamiento y los medios empleados son peligrosos. Es necesario aplicar las reglas aportadas por la doctrina para identificar la creación del resultado de peligro, esto es, solo se justifica la aplicación del tipo cualificado cuando el resultado lesivo al que dirige el curso causal iniciado por la conducta del autor no tiene lugar por «casualidad», por razones no controlables por aquel o en las que no podía confiar¹³¹.

3.4.3. Cuando el sujeto activo sea autoridad o funcionario público

1. El art. 318 bis 4 CP establece que serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años y, además, a la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, quienes «realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público». A efectos

en mente la peligrosidad de la acción y no tanto la creación de una situación de peligro concreto para tales bienes. Por otro lado, insiste en que esta situación de peligro «queda evidenciad[a] por los indicados fallecimientos, derivados precisamente de las condiciones en que se produjo el viaje y de la insensata ejecución de la maniobra final de aproximación a tierra». A nuestro juicio, es sólo este segundo hecho, la maniobra de aproximación, el que cualifica la acción, el que crea una situación de peligro concreto. Es la errática aproximación a tierra la que deja el resultado «muerte» o «lesión» grave a merced de circunstancias no controlables por el autor.

¹³¹ KISS, A., «Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?», *InDret*, núm. 1, 2015, p. 17, «se ha propuesto que el observador que efectúe el pronóstico (o, mejor dicho, el diagnóstico) de peligro concreto no debe incluir (abstracción consciente): (i) razones que no pueden explicarse (Horn); (ii) circunstancias en las que no se puede confiar (Schünemann); circunstancias anormales, no previstas con anterioridad en el ámbito correspondiente para prevenir daños (Demuth); (iv) circunstancias anormales, a menos que, a pesar de que no puedan preverse con anterioridad, se emplacen en el caso de manera confiable (Wolter); y (v) factores indominables, cuya capacidad de neutralizar el peligro no puede aprovecharse de manera dirigida (Kindhäuser)».

de la responsabilidad penal, se maneja el concepto amplio de autoridad y funcionario público del art. 24 CP¹³².

2. En la práctica, la casuística no es abundante ni muy heterogénea. Las condenas han recaído principalmente sobre algunos funcionarios policiales destinados en los puestos fronterizos o asimilados. Veamos algunos ejemplos.

La SAP Cádiz 46/2015, de 13 abril, condena, entre otros, a un policía nacional destinado en la estación marítima de Ceuta que se ocupaba de controlar la documentación durante el embarque de los navíos que se dirigían a la península. De acuerdo con la AP, el autor «tomó parte en los actos de facilitación de la inmigración clandestina aprovechando que desarrollaba precisamente en el desempeño de su cargo como miembro del Cuerpo Nacional de Policía funciones de control de la habilitación legal para acceder a territorio peninsular de los extranjeros» (FJ 7).

Por su parte, la SAP Málaga 19/2013, de 21 marzo, condenó a un Guardia Civil que desempeñaba sus funciones en el puesto fronterizo de Beni-Enzar (Melilla). En este asunto, el agente de la Guardia Civil se había puesto de acuerdo con un amigo suyo (civil) para facilitar la entrada en el país, oculto en el vehículo de este, de un ciudadano congoleño que no poseía la documentación requerida para entrar o transitar por España.

Otros pronunciamientos también condenatorios que podríamos mencionar han sido la SAP Málaga 10/2011, de 4 febrero, o la STS 727/2004, de 10 junio.

3.5. Modalidad atenuada

1. La reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, que precisamente aumentó considerablemente la penalidad del tipo básico, introdujo al mismo tiempo un subtipo atenuado cuya redacción perma-

¹³² Sobre el concepto de funcionario público, MARTÍN LORENZO, M., «Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2016, p. 212, recuerda que en nuestra rama del ordenamiento manejamos un concepto autónomo de funcionario público que tiene como elementos definitorios «el ejercicio de funciones públicas y el título habilitante para ello», aclarando más adelante que no existe «en la jurisprudencia un concepto estático y cerrado de funcionario a efectos penales, en el sentido de que estén perfectamente delimitados sus contornos o su extensión, sino que, como apuntan los tribunales, en cada caso corresponde al órgano judicial integrar el concepto de funcionario público en función de las circunstancias concretas y del tipo delictivo en cuestión».

nece estable hasta la actualidad. El art. 318 bis 6 CP vigente señala que «los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Este subtipo es aplicable teniendo en cuenta bien elementos de naturaleza objetiva («la gravedad del hecho y sus circunstancias»), bien elementos de naturaleza subjetiva («las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste»). En el subtipo podrían ser subsumibles comportamientos prácticamente inocuos para el bien jurídico «política migratoria», como cuando se ayuda a la entrada o tránsito de un único migrante o dicho comportamiento merezca poco reproche por las condiciones del autor o la finalidad con la que se ha llevado a cabo, por ejemplo, porque el beneficio económico pretendido sea escaso.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido la concurrencia del tráfico de personas y el tipo atenuado en algunos supuestos. Entre los elementos de naturaleza objetiva que prevé el tipo atenuado (gravedad del hecho y sus circunstancias) puede pensarse, como hemos apuntado, en conductas de ayuda a una única persona por la limitada aptitud lesiva del comportamiento para el bien jurídico¹³³. También la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, señala que el subtipo privilegiado «podrá ser apreciado, según las circunstancias concurrentes, cuando el autor haya participado en la acción como *medio para lograr su propia inmigración*» (cursivas nuestras). Entre los elementos de naturaleza subjetiva, el vínculo de parentesco está siendo apreciado por los tribunales, así como la menor entidad del ánimo de lucro perseguido.

2. Mencionemos algún ejemplo que nos familiarice con la casuística.

Como asunto en el que se tiene en cuenta el vínculo de parentesco, podemos señalar la STS 46/2016, de 3 de febrero. En ella se expone que Gerardo, residente en España y de origen nigeriano, solicita la renovación de la tarjeta de residencia de su hija Eva entregando una foto distinta a la que correspondía a Eva. Esta foto resulta ser de su otra hija, que no vivía en España, a la que hace llegar la tarjeta de residencia de Eva

¹³³ En este sentido, STS 1025/2012, de 26 de diciembre, FJ 6: «es claro que atendiendo a criterios de proporcionalidad y de justicia material, la gravedad de los hechos en el caso actual no es demasiado elevada, ya que se trata del tránsito en un vehículo particular, y de una única persona». No lo justifica expresamente, pero la SAP Cádiz 46/2015, de 13 abril, también aplica el tipo atenuado en un supuesto de ayuda al tránsito de un agente de la autoridad a un único inmigrante irregular. Lo curioso de esta sentencia es que sigue un criterio contrario al de la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, que señaló que el subtipo atenuado «no puede ser apreciado en relación con los agentes de la autoridad corrompidos».

por correo postal. Su segunda hija es detenida por la Policía al intentar entrar en España desde un vuelo procedente de Marruecos, precisamente por no coincidir la foto de la tarjeta con la que constaba en el archivo policial. La AP de Las Palmas de Gran Canaria condena a Gerardo por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en la modalidad atenuada por ser su hija y como autor de un delito de falsedad en documento oficial. El TS reconoce que el hecho de que la persona cuya entrada en España se trataba de facilitar era su propia hija merecía «menor reproche social y, consecuentemente, de una respuesta penal más favorable» (FJ 3). En cuanto a la concreción de la pena, al haber entrado en vigor la LO 1/2015, se le aplica retroactivamente la reforma por su carácter favorable, siendo condenado a una pena de multa de un mes y quince días con una cuota diaria de 2€/día, es decir, es condenado a una multa de 90€.

Por su parte, la SAP Madrid 242/2018, de 2 abril, se pronuncia sobre la responsabilidad penal de Victorino, que había transportado a varias mujeres chinas presuntas víctimas de trata y en situación irregular desde el aeropuerto de Madrid hasta la dirección indicada por los responsables. Queda acreditado en los hechos probados que Victorino formaba parte del «entramado», pero la AP decide aplicar el subtipo atenuado porque en los traslados que efectúa no existió «violencia alguna» y su «participación se encuentra en la última escala de la organización» (FJ 4).

3. Por último, sostenemos que no sería posible aplicar simultáneamente el subtipo atenuado y el subtipo agravado de puesta en peligro concreto de la vida o de la salud de los ciudadanos extranjeros transportados, porque se suele tratar de hechos de gravedad que solo por circunstancias no controlables por el autor no han dado lugar a una lesión efectiva de tales bienes jurídicos, de manera que sería contradictorio aplicar una atenuación fundamentada en la «escasa» gravedad de un hecho que a punto ha estado de lesionar los bienes jurídicos personales de los migrantes¹³⁴. Lo que no excluimos es la posibilidad de aplicar simultáneamente la agravación de puesta en peligro concreto y la atenuación, cuando esta segunda se basa en alguno de los elementos subjetivos advertidos,

¹³⁴ En este sentido, ATS 369/2023, de 14 abril, «además, concurren circunstancias que han justificado la apreciación del subtipo agravado del art. 318 bis 3 b) CP por el que ha sido condenado, lo que excluye la operatividad del subtipo atenuado que se reclama» (FJ 3).

como el vínculo de parentesco¹³⁵ o que se trate de un tráfico en el que la finalidad lucrativa perseguida sea escasa¹³⁶.

3.6. *Sobre la aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria*

1. Tenemos que mencionar la incorporación a la normativa española de la posibilidad de excluir la responsabilidad penal en los comportamientos típicos de ayuda a la entrada y tránsito cuando se hayan realizado con fines humanitarios. Así lo establece el art. 318 bis 1 en su párrafo segundo: «los hechos [ayudar a la entrada o tránsito] no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».

La introducción de esta circunstancia estaba ya prevista, con carácter facultativo, en la Directiva 2002/90/CE. No han sido muchos los Estados de la Unión Europea que la han recogido en su ordenamiento interno¹³⁷. En el caso de España, se introdujo en el año 2015.

Desde su incorporación ha sido comprendida mayoritariamente como excusa absolutoria¹³⁸, aunque Muñoz Ruíz se inclina por sostener

¹³⁵ Como señala GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 17, n. 46, la jurisprudencia del TS ha reconocido la posibilidad de aplicar el subtipo de puesta en peligro de la vida o de salud cuando medie un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros o cuando los autores llevaran a cabo la actividad delictiva como medio de pago para su propia migración: STS 164/2023, de 8 de marzo, FJ 2: «Es cierto, no obstante, que la concurrencia del subtipo agravado no excluye en todo caso la posibilidad de apreciar el tipo atenuado, pero dicha posibilidad excepcional debe reservarse a supuestos en los que exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros, sin que concurra otra intención que colaborar con estos a su petición o en su beneficio —vid. STS 768/2007—. O cuando quede fehacientemente acreditado que los acusados realizaron la actividad delictiva —pilotaje de la embarcación— como medio de pago de su propio transporte para lograr ellos mismos una inmigración irregular y siempre, además, que el riesgo de la travesía no fuera excesivamente alto». En este sentido, la STSJ Andalucía 58/2021, de 9 marzo, señala que «como resulta de la propia dicción del precepto, la aplicación del subtipo atenuado *es posible*, aunque ciertamente más difícil, en los supuestos en que concurre también uno de los subtipos cualificados del número 3 del artículo 318 bis» (cursivas nuestras).

¹³⁶ La STS 503/2014, de 18 de junio, condena por el subtipo agravado de puesta en peligro de la vida o salud del extranjero junto al tipo atenuado, porque la finalidad perseguida (obtener 150€) no era especialmente grave.

¹³⁷ JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en Lirola Delgado, I., García Pérez, R. (Coords.), *Seguridad y fronteras en el mar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 218, «solo 7 de los 28 [ahora 27] Estados de la Unión prevén en su legislación interna alguna excepción que permita no sancionar a aquellas personas y organizaciones que, por motivos humanitarios, asisten de alguna forma a personas migrantes».

¹³⁸ Entre otros, POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 15.

que es una causa de justificación (estado de necesidad)¹³⁹, por lo que su concurrencia convertiría el acto de ayuda en conforme a Derecho. Resulta difícil imaginar supuestos en que esta distinción tenga trascendencia práctica en su aplicación, por ejemplo, no nos imaginamos casos donde pudiera concurrir responsabilidad civil.

2. ¿Qué es lo que dota a la ayuda de un carácter «humanitario»? Parte de la doctrina que hasta el momento se ha pronunciado mantiene que debe seguirse una interpretación basada en el Derecho internacional público, es decir, la ayuda humanitaria se identificaría con la ayuda de emergencia que se presta en situaciones extraordinarias de catástrofe natural o humana, existiendo consenso en que estas últimas situaciones abarcan la existencia de guerra, conflictos armados o catástrofes naturales, y esta ayuda debe regirse por los principios de humanidad, imparcialidad y neutralidad¹⁴⁰. Precisamente por esto no cabría aplicar esta excusa cuando se trata de ayuda entre familiares o personas con un vínculo afectivo, lo que lleva a autores como Pomares Cintas a distinguir entre la «ayuda humanitaria» en el sentido del ordenamiento internacional y la «ayuda generosa» a familiares o personas cercanas, cuya respuesta penal se encauza a través del tipo atenuado¹⁴¹.

Solo hemos encontrado una sentencia del Tribunal Supremo que, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, haya aplicado esta excusa absolutoria¹⁴². Se trata de la STS 261/2017, de 6 de abril, cuyo ponente ha sido Andrés Palomo del Arco. En ella se expone que Román y Natalia (con nacionalidad española esta última), ambos originarios de República

¹³⁹ MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, p. 22, «es un supuesto de estado de necesidad justificante que se resuelve en base al principio del interés preponderante... El deber jurídico de abstenerse de ayudar a extranjeros ilegales también se interrumpe cuando se trata de evitar un mal para el propio inmigrante; se produce un conflicto de intereses que se resuelve a favor de su restablecimiento personal o, incluso de la salvaguarda de su dignidad, sobre el interés político-criminal de gestionar los flujos migratorios»; POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 16.

¹⁴⁰ MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria», pp. 9 y ss. Estas notas de la ayuda humanitaria se extraen de algunos textos internacionales, como la Resolución AGNU 46/182, de fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas, que aprueba un anexo en el que se incluyen, entre otros, los principios rectores de la ayuda humanitaria.

¹⁴¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 39, «esto implica que seguirán siendo punibles, por ejemplo, las ayudas que se presten por motivos familiares»; POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 17.

¹⁴² JANNER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria», p. 225, aprecia que este fenómeno no es solo algo particular de España: «la proyección real y práctica de la cláusula humanitaria parece ser pues muy limitada. No se entiende que cuatro de los siete Estados de la Unión que la han incorporado sean precisamente los que han abierto procedimientos penales y administrativos contra organizaciones humanitarias».

Dominicana, con el fin de legalizar la situación del acusado y para conseguir, posteriormente, la reagrupación familiar, idearon un plan por el que en 2009 contrajeron matrimonio religioso de forma simulada, inscrito en el Registro Civil de Santa Coloma de Gramanet. Una vez celebrado el matrimonio, don Román se propuso traer a España a su hija Eugenia que vivía en República Dominicana. Así, en 2012 los acusados solicitaron tarjeta de residencia de familiar comunitario para su hija menor, que fue concedida. En 2013, los acusados también solicitaron la residencia como familiar de ciudadano de la UE para el padre de Román, don Celso, que ya se encontraba en España como turista. Esto hizo sospechar a las fuerzas de seguridad del Estado y dio lugar a la causa. La AP de Barcelona condenó por un delito de falsedad documental porque el matrimonio era de conveniencia, conforme al art. 392 en relación con el art. 390.1.2º y 74 CP (que sería descartado por el Tribunal Supremo); y por un delito del art. 318 bis 1.

El TS sostiene que no es posible subsumir la conducta probada en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito del art. 318 bis. Con respecto a Natalia como posible autora porque Román ya residía en España al tiempo del matrimonio simulado. Con respecto a Román, porque no se describe que Eugenia ni Celso entraran ilegalmente en España. Sí se narra que don Celso tenía visado de turista y que la menor Eugenia entró en España con la oculta intención de los acusados de que se quedara a vivir de forma permanente. Tampoco es subsumible la conducta en la modalidad de permanencia porque no concurre ánimo de lucro.

Con todo, el ponente considera que la naturaleza fragmentaria del Derecho penal «exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no pueden, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas». Cree que no se debe perder de vista que el tipo penal se enmarca en el Título XV bis, considerando que no debe reputarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. Indica que hay que identificar «la razón por la que ésta [conducta] adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa». Y, en todo caso, «dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la *excusa absolutoria de ayuda humanitaria*, que excluye la punibilidad» (FJ 9) (cursivas nuestras). Por lo tanto, la excusa absolutoria a juicio de esta sentencia del TS podría ir más allá de aquella interpretación conforme a los principios de Derecho internacional público, pese a que podría provocar un cierto solapamiento con el tipo atenuado del art. 318 bis 6.

3. En definitiva, la excusa absolutoria de ayuda humanitaria es un instrumento para dar cumplimiento a nuestra obligación internacional de no perseguir a quienes por motivos humanitarios ayudan a extranje-

ros a entrar irregularmente en nuestro territorio. Sin embargo, apenas está encontrando aplicación en nuestro ordenamiento interno y en los Estados vecinos y tampoco evita la apertura de procesos penales contra las personas que prestan esta clase de ayuda, con el consiguiente efecto desincentivador.

3.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica

1. El art. 318 bis 5 CP señala que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable del delito de tráfico de personas, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante de la actividad delictiva fuese más elevada.

Además, a la luz de las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, a saber, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos por un periodo no superior a cinco años, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

La casuística parece nula. No hemos encontrado ningún pronunciamiento en el que se condene a una persona jurídica por un delito de tráfico de personas. Entendemos que la mayoría de supuestos que superan la coautoría e implican cierta organización responden a una pretensión de clandestinidad, ya que el objeto del negocio es *per se* ilícito, por lo que no parece existir ningún estímulo a constituir oficialmente una persona jurídica.

4. Conclusiones

1. La comunidad internacional comenzó a tomar conciencia del tráfico de personas en la década de los años noventa del siglo pasado, como una de las actividades conectadas con la criminalidad organizada. La regulación de dicha figura delictiva en el ámbito de Naciones Unidas se formuló en un protocolo anejo al Convenio de Palermo, en el que se define el tráfico ilícito de migrantes (*Smuggling of Migrants*) como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Además, en la medida en que se trata de un instrumento contra

la criminalidad organizada, es un elemento del tipo que dicho comportamiento se lleve a cabo desde el seno de una organización criminal en el sentido del art. 2 del Convenio.

Hemos destacado que en los trabajos preparatorios las delegaciones estatales dejaron constancia de que, al introducir como elementos del tipo el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización criminal, se estaba queriendo dejar fuera del alcance del Derecho penal los comportamientos de ayuda a la inmigración irregular altruistas o humanitarios.

2. En la década de los años noventa del siglo pasado la Unión Europea también tomó conciencia de la importancia de la criminalidad organizada y del tráfico y la trata de personas como actividades con las que se estaban enriqueciendo. De este modo, se aprobó la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta actúa como un complemento al Protocolo adicional al Convenio de Palermo, que han suscrito todos los Estados miembros, y amplía el elenco de comportamientos delictivos. La Directiva tipifica en su art. 1.1 el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, castigando a «cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros». Asimismo, castiga la ayuda a la permanencia irregular si concurre ánimo de lucro. La Directiva configura, por tanto, un sistema de protección penal de las fronteras más amplio que el Convenio de Palermo y, únicamente, habilita a los Estados a introducir una excusa absolutoria de ayuda humanitaria en los supuestos de favorecimiento o ayuda desinteresada a la entrada o tránsito.

La Directiva fue complementada por la Decisión Marco 2002/956/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, la cual establece unos marcos para armonizar también las penas.

3. Una vez hemos abordado la normativa internacional y europea, nos ocupamos de la regulación del delito de tráfico de personas en el plano interno, el cual se contiene en el art. 318 bis 1 CP.

3.1. En primer lugar, hemos considerado oportuno diferenciar el tráfico de personas de dos figuras delictivas con las que comparte realidad criminológica, a saber, la trata de personas y el delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular.

El delito de trata de personas se regula desde el año 2010 en el art. 177 bis CP y se construye sobre tres pilares: (i) un determinado tipo de acción (captar, transportar, trasladar y acoger a personas); (ii) un medio comisivo, entre los que podemos destacar el uso de amenaza, fuerza, engaño, fraude o rapto; y (iii) la finalidad de explotación, la cual puede ser muy variada y dirigirse a la explotación sexual, pero también a la

laboral o a los trabajos forzados. A diferencia del tráfico de personas, la trata no establece como elemento del tipo el cruce irregular de fronteras (aunque sea habitual en la práctica). El consentimiento de la persona captada, transportada o acogida se presume que no es válido y la persona «tratada» es considerada víctima del «tratante», es decir, sujeto pasivo del delito. Además, mientras en el tráfico la relación entre extranjero y traficante concluye con el pago de la contraprestación por el traslado, en la trata siempre debe existir una finalidad de explotación.

En cuanto al delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular, se trata de un comportamiento regulado también en el art. 318 bis 1 CP. El elemento del tipo que lo diferencia del tráfico de personas es que no se exige la concurrencia de ánimo de lucro. Por esa razón, este delito se menciona como uno de los ejemplos de «criminalización de la solidaridad» y su legitimidad se pone en duda habitualmente.

3.2. En segundo lugar, reflexionamos sobre el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de personas. Pese a la existencia de un amplio y duradero debate doctrinal, en el que se ha defendido la identificación del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» en el sentido de la rúbrica del Título XV bis (ya sea de naturaleza individual o colectiva), somos de la opinión que el tráfico de personas protege el bien jurídico colectivo «política migratoria». Las otras opiniones, bienintencionadas, exceden el sentido de la descripción típica y no encuentran sustento en la ubicación sistemática del precepto.

3.3. En tercer lugar, nos hemos ocupado de analizar los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de tráfico de personas. La LO 1/2015 reformó el tenor literal del precepto, que ahora se asemeja al de la Directiva 2002/90/CE.

3.4. En cuarto lugar, hemos desarrollado los subtipos agravados del tráfico de personas por el orden en el que aparecen regulados.

Sobre la modalidad en la que los hechos son cometidos en el seno de una organización, hemos destacado que la redacción vigente restringe el alcance del mismo, ya que suprime el término «transitorio» y ya no parece razonable entender que abarca al mero grupo criminal del art. 570 ter CP, sino solo a la organización criminal del art. 570 bis CP.

En cuanto a la modalidad de puesta en peligro de la vida o de creación de un peligro de causación de lesiones graves, hemos planteado que el principal interrogante al que nos enfrentamos es decidir si se trata de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Pese a que la jurisprudencia se muestra vacilante, defendemos que se debe interpretar como un delito de peligro concreto por razones político criminales, ya que cualquier ayuda a la inmigración irregular por vías alternativas a los puestos fronterizos va a implicar clandestinidad y cierta peligrosidad de la acción puesta en marcha. Si no queremos que la excepción se con-

vierta en regla general y que el tipo básico de tráfico se vea desplazado por este subtipo cualificado, lo razonable es entender que el tipo exige la creación de una situación de peligro concreto. No bastaría que la acción de ayuda sea estadísticamente peligrosa.

Asimismo, hemos aludido a los supuestos cualificados por el hecho de que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. Los pronunciamientos condenatorios no son muy abundantes y, entre los existentes, se revela el protagonismo de la ayuda prestada por agentes destinados en los puestos fronterizos o asimilados.

3.5. En quinto lugar, hemos abordado el subtipo atenuado. Defendemos que es compatible con el tráfico de personas en algunos supuestos. La jurisprudencia viene admitiendo su aplicación cuando se trata de la ayuda a una única persona (por la escasa gravedad del hecho) y cuando se ayuda a la entrada de un familiar o pariente o el lucro procurado es mínimo (finalidad perseguida).

3.6. En sexto lugar, presentamos la excusa absolutoria de ayuda humanitaria que se introdujo por LO 1/2015 en el art. 318 bis 1 CP. Del mismo modo que en nuestros países vecinos, su incorporación ha sido hasta el momento meramente formal y apenas está encontrando aplicación práctica.

3.7. En séptimo y último lugar, dejamos constancia que desde la reforma introducida por LO 5/2010 se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuyo seno se cometa este delito. Sin embargo, no hemos encontrado ningún pronunciamiento condenatorio.

5. Bibliografía

- AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en Derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del Derecho penal internacional consistente», *Derecho y Persona*, núm. 68, 2013
- BARBERO GONZÁLEZ, I., «Lectura contemporánea del régimen de frontera en Europa: un coste inhumano», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 46, 2017
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada y “maremágnum normativo” tras la LO 5/2010, de 22 de Junio», *InDret*, núm. 2, 2023

- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización criminal y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch, Barcelona, 2020
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011
- «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Navarra, 2008
- CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes», *Revista Sistema Crítico Penal*, núm. 2, 2021
- CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en Zamora Jiménez, A. (Dir.), *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel Editor, México, 2006
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los derechos de los extranjeros», en Martín Pallín, J.A. (Dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, Madrid, 2003
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *InDret*, núm. 1, 2010
- *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018
- DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Una píldora sobre los delitos de acumulación», en Valverde Cano, A.B., Basso, G.J. (Dirs.), *Derecho penal en tres minutos*, Eolas, Madrid, 2023
- «El tratamiento jurisprudencial del delito de tráfico ilegal de personas cuando se pone en peligro la vida o la salud», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022

- DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021
- DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración», *Revista Penal*, núm. 4, 2013
- ESCOBAR VEAS, J., «El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 2019
- FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023
- «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005
- GIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*, Iustel, Madrid, 2012
- GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 32, 2017
- GONZÁLEZ AGUADELO, G., «El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco. Una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017
- GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 111, 2015

- GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Pero realmente existe una política europea de inmigración?», *Eikasia. Revista de Filosofía*, año II, núm. 10, 2007
- HORTAL IBARRA, J.C., «¿Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* cuando —siempre— quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?», en Gómez Martín, V., *et al.* (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022
- JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en Lirola Delgado, I., García Pérez, R. (Coords.), *Seguridad y fronteras en el mar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- KISS, A., «Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?», *InDret*, núm. 1, 2015
- LAFONT NICUESA, L., «La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros», Ponencias de Formación Continuada, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado, Coruña, 2017
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en Pérez Manzano, M., Lascuraín Sánchez, J.A. (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008
- «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 12, 2003
- LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el orden público», en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023
- LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos», en del Carpio Delgado, J., García Álvarez, P. (Coords.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2012
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual», *La Ley Penal*, núm. 59, 2009

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o de un grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP): ¿Un problema de autoría y participación o de tipicidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022
- MARTÍN LORENZO, M., «Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2016
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019
- «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, núm. 3, 2009
- «¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008
- *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmática y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007
- MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, 2009
- MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015
- MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008
- MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, núm. 1, 2017
- MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016

- PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008
- «Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas», en Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004
- POMARES CINTAS, E., «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015
- «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, año 19, núm. 29, 2015
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo», en Gómez Martín, V., et al. (Dir.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Morillas Cuevas, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Lorenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, CGPJ, 1999
- SORIANO GATICA, J.P., «Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 108, 2014
- TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime», *Journal of Illicit Economies and Development*, núm. 2 (1), 2021
- TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, 1981
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos: ¿realidades divergentes o convergentes?», en Fernán-

- dez Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022
- VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», *InDret*, núm. 1, 2012
- *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011
- «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011
- «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010
- «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *Revista Penal*, núm. 14, 2004
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* [traducción a cargo de Gutiérrez Rodríguez, M.], 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018

EL ABUSO PATRIMONIAL SOBRE PARIENTES VULNERABLES EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ART. 268 DEL CÓDIGO PENAL¹

Elena Gutiérrez Pérez

Universidad de Alicante

Title: The patrimonial abuse of vulnerable relatives in the absolutory excuse of Art. 268 of The Criminal Code

Resumen: El legislador incorporó en 2015 una nueva excepción a la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a los parientes mencionados en el art. 268 del Código penal por los delitos patrimoniales cometidos entre sí. No solo los ataques al patrimonio violentos o intimidatorios quedan ahora excluidos del ámbito de aplicación de esta excusa absoluta, también los cometidos abusando de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad o de discapacidad. En esta contribución se efectúa un análisis de las causas de vulnerabilidad que menciona la disposición (la edad y la discapacidad) y se evidencian los problemas ocasionados en la jurisprudencia para determinar el círculo de parientes vulnerables en el ámbito patrimonial. Asimismo, se denuncia tanto la insuficiencia de esta nueva excepción para proteger a otros parientes igualmente vulnerables como la contradicción político-criminal que plantea el mantenimiento del art. 268 del Código penal y, al mismo tiempo, la prevención de la denominada violencia económica en el marco familiar.

¹ Este trabajo se enmarca en el seno de los Proyectos «Agravantes genéricas y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la economía legislativa (GRAVITAS)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (IPS: Carmen Juanatey Dorado y Cristina Fernández-Pacheco Estrada); «La vulnerabilidad victimal en el sistema de justicia penal (GRE21-14^a)», financiado por la Universidad de Alicante (IP: Clara Moya Guillem) y la Red de investigación «Violencia contra las mujeres: nuevos desafíos» (RED2022-134101-T), 2023-2025, Universidad del País Vasco, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (IP: Ana Isabel Pérez Machío).

Palabras clave: vulnerabilidad, parentesco, discapacidad, edad, excusa absolutoria

Abstract: *In 2015, the legislator introduced a new exception to the possibility of exonerating relatives mentioned in Article 268 of the Criminal Code from criminal liability for property crimes committed against each other. Now, not only violent or intimidating attacks on property are excluded from this exemption, but also those committed by exploiting the vulnerability of the victim due to age or disability. This paper analyzes how these causes of vulnerability should be interpreted and the issues arising in case law when determining the circle of vulnerable relatives in the context of property crimes. Additionally, it addresses the insufficiency of this new exception in protecting other equally vulnerable relatives and the political-criminal contradiction posed by maintaining Article 268 of the Criminal Code while simultaneously preventing economic violence within the family context.*

Keywords: *vulnerability, family relationship, disability, age, absolutory excuse*

Sumario: I. Introducción. - II. El concepto de víctima vulnerable en la excusa absolutoria de parentesco (Art. 268 CP) y la escala de la vulnerabilidad en el Código Penal. - 1. El abuso patrimonial sobre parientes vulnerables por razón de edad. - 1.1. La vulnerabilidad innata de los parientes menores y los garantes en el ámbito patrimonial. - 1.2. La vulnerabilidad de los parientes de edad avanzada. - 1.3. El problema de la influencia indebida ejercida sobre los familiares. - 2. El abuso patrimonial sobre parientes vulnerables por razón de discapacidad. - 2.1. La definición legal de discapacidad (art. 25 CP) y sus infrainclusiones. El problema de las víctimas con limitaciones transitorias o en otra vulnerabilidad situacional. - 2.2. El nuevo concepto jurisprudencial de «discapacidad» en el art. 268 CP. - III. ¿Es la respuesta del Derecho penal frente al abuso patrimonial entre parientes igual de benigna en otros países? IV. - La violencia económica y su conexión con el art. 268 CP. - V. Reflexiones finales. - VI. Bibliografía

I. Introducción

Honorato, en el transcurso de una discusión con la que era en el momento su esposa, Lucilda, rompe el móvil de esta y le propina una fuerte bofetada en la cara, la coge de los brazos y la zarandea. Al cabo de unas horas, Honorato coge un sobre con 4000 euros que pertenecen a Lucilda, y se marcha del domicilio. Como consecuencia de estos hechos, Lucilda sufre unas lesiones consistentes en un traumatismo superficial en el brazo y hombro. El móvil de Lucilda queda deteriorado, con unos daños tasados en 180 euros. A Honorato se le condena por estos hechos como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar (art. 153.1 y 3 del Código penal —en adelante, CP—).

Este relato que podría ser ficción, desafortunadamente, no lo es². Lucilda, que es lega en Derecho, sale de los tribunales contrariada, no entiende por qué Honorato no responderá penalmente por los delitos de hurto y daños. ¿Qué explicación se le podría ofrecer a Lucilda? ¿Podríamos convencerla, como afirma la jurisprudencia, con el argumento del principio de intervención mínima³? ¿Entenderá, entonces, que la entrada del Derecho penal en el ámbito patrimonial supondría una intromisión poco recomendable que perjudicaría la reconciliación familiar? Si nos remontamos a algunos de los fundamentos históricos, quizás, el consuelo no sea mucho mayor. ¿Será convincente para Lucilda el argumento de la copropiedad familiar de los bienes⁴? ¿Y el de que resulta menos grave expoliar el patrimonio de un pariente que el de un extraño⁵? ¿Y si le decimos que Honorato no es tan peligroso para el Derecho penal, porque, al fin y al cabo, ha cometido un delito de hurto o de daños, precisamente, por el vínculo que les une, porque es su mujer⁶? Esta panoplia de razones no ha hecho más que contrariar a Lucilda que, a estas alturas, no logra comprender por qué el Estado privilegia los despojos patrimoniales entre parientes. Solo nos queda ofrecerle un argumento normativo, esto es, que el art. 268 CP únicamente permite excepcionar su aplicación en dos casos. El primero cuando el delito patrimonial se perpetre con violencia o intimidación. El segundo cuando se abuse de la vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad o de la discapacidad. Lucilda no encaja en ninguna de las excepciones. El Derecho penal no la considera una víctima vulnerable —¡Aunque sí de violencia de género!—

² Estos hechos se basan en la SAP Cuenca 82/2022, de 25 de mayo (ECLI: ES: APCU: 2022: 243). En los hechos probados de la sentencia, el autor incluso porta una navaja y se dirige a la víctima con expresiones como «lo que ya quería ya lo tengo, no denuncies y pares los papeles o te mato». Con todo, no quedó acreditado que hubiese conexión entre el contexto intimidatorio y el apoderamiento patrimonial, por lo que se ha preferido suprimirlo en el ejemplo con el propósito de evitar una confusión en la calificación jurídico-penal.

³ Así la excusa absolutoria se ha considerado una muestra del principio de intervención mínima (o de fragmentariedad) en el Código penal. Así lo recoge la STS 91/2006, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2006:709). Véase FERNÁNDEZ-PACHECO, 2024, p. 363.

⁴ La idea del patrimonio conjunto, sin duda, ha perdido validez social y jurídica, puesto que paulatinamente se ha ido virando hacia un «patrimonio personal» e incluso «individualizado en cada uno de los miembros integrantes de la familia». Véase CARMONA SALGADO, 2022, p. 544. Sobre la confusión de patrimonios como fundamento del art. 268, véase GARCÍA PÉREZ, 1997, pp. 112 y ss.

⁵ Así se ha afirmado que el autor vendría a realizar una interpretación inexacta de la gravedad de su conducta por el contexto familiar en el que se produce. Véase una síntesis de los diferentes fundamentos atribuidos a la excusa absolutoria en ÍÑIGO CORROZA, 2011, p. 20 y ss. Parece que el legislador preconcede el perdón al pariente infractor bajo el pretexto de la relación de parentesco y este actuaría porque se «siente» perdonado de antemano. Véase CARMONA SALGADO, 2022, p. 538.

⁶ La ausencia de alarma social como argumento no constituye un criterio convincente. Especialmente ilustrativa es CARMONA SALGADO al preguntarse: «¿Quién puede probar que el que atenta contra el patrimonio de sus parientes más allegados es incapaz de hacerlo frente al de un extraño?», 2022, p. 543.

en el ámbito de la delincuencia patrimonial intrafamiliar. A Lucilda, en efecto, solo le queda exigir responsabilidad civil a Honorato, rezar para que no sea insolvente, y separarse, porque, de lo contrario, el Derecho penal seguirá sin protegerla en caso de que aquel cometa un nuevo delito patrimonial.

Con este relato de hechos, pretendo contextualizar los incomprensibles motivos que siguen apareciendo en las resoluciones judiciales para justificar la vigencia de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales (art. 268 CP). El legislador se resiste a derogar, o a limitar considerablemente, una disposición que responde a una concepción anacrónica de la realidad familiar. La familia, como bien ha incidido la doctrina, ya no es lo que era⁷, pero ni hoy, ni cuando en 1973 se cuestionaba, de igual modo, la existencia de esta excusa absolutoria⁸. La concepción actual del art. 268 CP se ha convertido en un auténtico peligro para las relaciones familiares⁹, casi en una forma de invitación a que los parientes se perjudiquen entre sí¹⁰. La disposición del art. 268 CP, sin embargo, ha logrado pasar desapercibida ante las continuas reformas del Código penal, y únicamente fue «matizada» mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, casi en una suerte de «carga de conciencia». Así, desde 2015, los delitos patrimoniales —sin violencia o intimidación— cometidos por determinados parientes entre sí no quedan impunes si se ha producido un abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima por razón de edad o de discapacidad¹¹. Se pone punto final a lo que se había catalogado de «excusa incondicional», en tanto que se aplicaba siempre que concurriesen los vínculos familiares y la naturaleza patrimonial del delito sin violencia o intimidación¹². La nueva excepción a la excusa basada en la vulnerabilidad de la víctima pretende atajar la impunidad de los abusos económicos cometidos por familiares que se estaban apropiando, por ejemplo, de las pensiones de sus parientes con discapacidad intelectual o de los ahorros de personas de avanzada edad con deterioros cognitivos severos¹³.

⁷ DE LA MATA BARRANCO, 2023, p. 2.

⁸ Véanse las incisivas y agudas críticas, totalmente vigentes hoy, al antiguo art. 564 CP en BAJO FERNÁNDEZ, 1972, p. 180.

⁹ Aunque para algunos siempre lo fue, así PASTOR ALCOY señalaba que «existe un gigantesco desequilibrio entre la utilidad que busca el precepto y el peligro efectivo que supone emplear con carácter general una excusa absolutoria sin atender al valor de lo defraudado y a la posición en que queda el ofendido (...) La excusa absolutoria de parentesco siempre ha sido un auténtico peligro», 1994, p. 7726.

¹⁰ En estos términos, CUERZA RIEZU, 2020, p. 69.

¹¹ La doctrina ha valorado esta excepción de manera positiva, véanse, BORJA JIMÉNEZ, 2022, p. 363; PÉREZ FERRER, 2021, p. 64.

¹² CUERZA RIEZU, 2020, p. 62.

¹³ Esta posibilidad, que era permitida con la regulación previa a la reforma de 2015, ha sido etiquetada incluso de «inconstitucional» en un sentido «parcial», en tanto que generaba una desprotección absoluta a las personas con discapacidad cuando algún

En los ocho años de vigencia de esta novedosa excepción en el art. 268 CP, se han planteado en los tribunales diferentes problemas interpretativos sobre los que trataré de ofrecer criterios y, dicho sea de paso, tensionar con algunos ejemplos la suficiencia de esta formulación legal. Así, anticiparé aquí algunas de las preguntas que surgen en torno al concepto de víctima vulnerable en el art. 268 CP: ¿Cómo se conforma la vulnerabilidad en el ámbito patrimonial? ¿Qué clase de parientes son vulnerables por razón de edad? ¿Tienen todos los menores una *vulnerabilidad innata* en el ámbito patrimonial? ¿Qué diferencia a una persona vulnerable de otra meramente influenciabile? ¿Son vulnerables las personas enfermas a los efectos del art. 268 CP? ¿Debe interpretarse el término «discapacidad» en relación con el art. 25 CP? ¿Debería ampliarse la cláusula de vulnerabilidad a otras situaciones? ¿Cómo se justifica la excusa absolutoria en un contexto de violencia de género?

Para aportar algo de claridad a todas estas discusiones, se parte de una somera revisión de las referencias a la vulnerabilidad en el Código penal y se valora el encaje de la fórmula legal referida al «abuso de la vulnerabilidad de la víctima» en el ámbito patrimonial. Se distinguen, a continuación, las dos causas de vulnerabilidad que menciona el art. 268 CP. Por un lado, se aborda la referencia a la vulnerabilidad por razón de edad, desgranando sus particulares problemas exegéticos en la esfera de los delitos patrimoniales, en función de los diferentes tramos de edad. Por otro, se analiza la interpretación que vienen realizando los tribunales de la discapacidad de la víctima. Para ello, se examinan los supuestos que quedan comprendidos en el concepto legal de discapacidad (art. 25 CP) y se pondera si, como efectúa el Tribunal Supremo, es posible apartarse de esta disposición general en el art. 268 CP. Asimismo, con el propósito de medir la oportunidad de la excepción anclada a la vulnerabilidad del pariente en el art. 268 CP, se lleva a cabo un breve estudio comparativo de las excepciones a la excusa absolutoria de parentesco en otros países de nuestro entorno.

II. El concepto de víctima vulnerable en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 cp) y la escala de la vulnerabilidad en el Código Penal

La primera referencia a la vulnerabilidad («persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación») aparece con el Código Penal que se aprobó mediante la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en el seno de los delitos sexuales (arts. 180.3º CP y 182.2ª CP).

familiar atentaba contra sus derechos patrimoniales (art. 49 CE). Véase, muy crítico, CUERDA RIEZU, 2020, p. 67.

No es, sin embargo, hasta 2015 cuando la política de la vulnerabilidad victimal se acrecienta en España y las referencias a las personas vulnerables, ya sean expresas o mediatas¹⁴, aparecen mediante una diversidad de expresiones o términos (¡Hasta sesenta!¹⁵). Esta proliferación de víctimas vulnerables en el texto punitivo ha propiciado que los tribunales se hayan enfrentado con el problema de dotar de contenido a la expresión ante el silencio del Código penal, que no incluye entre sus disposiciones generales una definición de persona vulnerable¹⁶. Pese a sus incesantes reformas, el legislador no se ha preocupado por incorporar un concepto de persona vulnerable o, al menos, armonizar las referencias a la vulnerabilidad. La única definición de la situación de necesidad o vulnerabilidad se encuentra en el marco del delito de trata de personas (art. 177 bis CP), que la define como aquella que se produce «cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso». Esta definición, sin embargo, dada su particularidad, no permite extrapolarse al conjunto de delitos.

El Tribunal Supremo parte de la definición del Diccionario Jurídico de la RAE para construir el concepto de víctima vulnerable en el art. 268 CP¹⁷. El Alto Tribunal señala que «vulnerable» se identifica con aquel «que con mayor riesgo que el común es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente. Los niños y los ancianos son considerados poblaciones vulnerables». El concepto de persona vulnerable, a efectos penales, solo puede trazarse recurriendo a las cuatro fuentes de vulnerabilidad que se advierten a lo largo de las diseminadas referencias en el articulado. Se trata de la edad, la enfermedad, la discapacidad y una última causa, de contornos más amplios, referida a la «situación» (art. 156 bis. 4.b CP) o a «cualquier otra circunstancia» (arts. 172 ter.1, 180. 1.3^a y 188.3.a) CP). Precisamente, las últimas reformas penales incorporan estas expresiones elásticas que obligan necesariamente a descender al caso concreto y, por tanto, a una valoración individualizada de la vulnerabilidad que acoge condiciones de muy diversa índole¹⁸. El art. 268 CP, como se verá seguidamente, menciona la edad y la discapacidad, dejando fuera de su tenor literal las otras causas de vulnerabilidad.

¹⁴ Me refiero a referencias implícitas a la posición vulnerable de la víctima como las que aparecen en las agravaciones del delito de hurto (arts. 235. 1. 6º CP) o en el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 240.2 CP).

¹⁵ DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 84.

¹⁶ El Código penal, por el contrario, sí define el concepto de autoridad, funcionario público (art. 24 CP), discapacidad o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25 CP) y también el de documento a los efectos del Código (art. 26 CP).

¹⁷ Véase la STS 331/2023, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2058).

¹⁸ Así lo destaca BONSIGNORE FOUQUET, 2023, p. 56, para quien «la tendencia de las últimas reformas penales a incorporar la referencia a «cualquier otra circunstancia» tras la enumeración de varias causas de vulnerabilidad tiende a hacer de estas un simple recordatorio enfático». En la misma dirección, SANDOVAL, 2023, p. 99 y ss.

Conviene tener presente que el Código penal alude expresamente a las víctimas vulnerables a través de dos fórmulas distintas. Por un lado, se refiere a las *personas especialmente vulnerables* y, por otro, se alude al *abuso de una situación de vulnerabilidad* (y no de especial vulnerabilidad)¹⁹. Esta diferente terminología podría suponer un mero envoltorio nominal desordenado y sin incidencia práctica, al que ya nos tiene acostumbrados el legislador, pero lo cierto es que sí late una auténtica distinción entre *vulnerabilidades* con incidencia penológica. La desigualdad en el tratamiento punitivo se pone de relieve al analizar los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal y los preceptos que contienen referencias al abuso de la vulnerabilidad. En los primeros, la pena prevista es la superior en grado o, por lo menos, se contempla una mayor a la que procedería de aplicar la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad y, siempre, en general, castigándose con mayor severidad que en los segundos²⁰. Esta doble distinción de corte material se plasma en el propio delito de trata de personas (art. 177 bis CP), que incluye el *abuso de la situación de vulnerabilidad* de la víctima como elemento del tipo básico y castiga con mayor dureza los casos en los que se cometa, además, contra *una persona especialmente vulnerable* (art. 177 bis.4.b CP)²¹.

A la vista de lo expuesto, se puede establecer una *escala de vulnerabilidad victimal* condicionada a la menor o mayor intensidad de la capacidad defensiva de la víctima²². El estado de vulnerabilidad más intenso estaría conformado por las circunstancias que se agrupan en torno a la fórmula de la «especial vulnerabilidad», que guarda semejanza con la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento. La víctima sería especialmente vulnerable en tanto que no puede desplegar defensa alguna frente al delito. Se trataría de una *vulnerabilidad extrema* en la que la víctima se hallaría absolutamente indefensa. La vulnerabilidad de menor grado se integraría por aquellos comportamientos en los que el autor del delito abusa de la vulnerabilidad de la víctima, en el sentido del desequilibrio de fuerzas que se produce en la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22. 2 CP). Esta segunda clase de vulnerabilidad,

¹⁹ Sobre estos escalones de la vulnerabilidad victimal, en general, MOYA GUILLEM, 2023, p. 309.

²⁰ Así lo pone de manifiesto, en detalle, MOYA GUILLEM, 2023, pp. 308 y 309.

²¹ En la STS 677/2022, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2818), se trata de esclarecer la distinción entre ambas referencias, señalándose que «la vulnerabilidad se contempla aquí [en el tipo básico] como una realidad socioeconómica personal, familiar o relacional, que condiciona al sujeto a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor. Se equipara, por ello, a otras formas de anular o restringir el comportamiento libre y voluntario de la víctima, como lo son también el uso de la violencia o de la intimidación, el abuso de una significativa superioridad o, incluso, el engaño. Por el contrario, la agravación del número 4 contempla la vulnerabilidad desde un plano de fragilidad subjetiva».

²² Véase este planteamiento en MOYA GUILLEM, 2023, p. 308.

de menor entidad, se caracteriza porque la víctima sí tiene, aunque en una posición de desventaja o inferioridad, cierta capacidad de reacción defensiva.

Esta doble categorización no debe pasar inadvertida para interpretar la vulnerabilidad a la que se refiere el art. 268 CP. La cláusula elegida por el legislador en el mencionado precepto es el «abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad» (art. 268 CP *in fine*). Esta formulación no es desconocida en otros delitos del Código penal y permite huir de los peligros asociados a los automatismos interpretativos²³. Guarda puntos de conexión con la contemplada en el delito de trata seres humanos (art. 177 bis CP), las agresiones sexuales (art. 178.2 CP), el delito de prostitución de menores (art. 187.1 CP) o el delito de genocidio (art. 607 bis 9º CP)²⁴. En estos delitos se recogen referencias al *abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima* (arts. 178.2 CP) o bien incluyendo, junto a las anteriores, la referencia a la *situación de necesidad* (art. 177 bis, art. 187.1 CP y 607 bis 9º CP).

El abuso de una situación de vulnerabilidad aparece vinculado con el abuso de superioridad, con una disminución notable de las posibilidades de defensa, y no necesariamente con el aprovechamiento de la indefensión absoluta o el desvalimiento de la víctima²⁵. Esta ligazón entre el abuso de la situación de vulnerabilidad y el abuso de superioridad, sin embargo, no ha sido interpretada, como se verá, de este modo por la jurisprudencia en el art. 268 CP. Cabe aquí únicamente anticipar en este momento que una línea dominante de los pronunciamientos judiciales parece exigir una incapacidad absoluta para reaccionar frente al delito y, por tanto, se aproxima a una concepción de la vulnerabilidad emparentada con la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento. Con todo, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente en ese sentido e incide en que la inaplicación del beneficio punitivo basado en el parentesco del art. 268 CP exige que «el delito cometido guarde una relación o exista un nexo causal entre la vulnerabilidad y el fin delictivo, o suponer ésta una facilidad para su aseguramiento y comisión». Asimismo, se requiere la existencia de «una patología clínica, aun cuando no se encuentre debidamente diagnosticada, excluyéndose aquellos casos en que dicha vulnerabilidad sea mínima o insuficiente para la producción del delito concreto en correlación con el apartado anterior. Ello requiere de periciales que así lo acrediten» (STS 331/2023, de 10 de mayo. ECLI:ES:TS:2023:2058).

²³ Este automatismo se observa, por ejemplo, cuando la sola concurrencia de una víctima menor de 16 años eleva un homicidio básico a un homicidio agravado.

²⁴ Sobre los contornos de la especial vulnerabilidad de la víctima en el ámbito del Derecho penal internacional, véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, 2023, p. 65 y ss.

²⁵ MOYA GUILLEM, 2023, p. 308.

Asentadas estas bases, el filtro de vulnerabilidad que se propone aplicar a los parientes víctimas de un delito patrimonial (art. 268 CP) estaría conformado, en mi opinión, por dos momentos analíticos. Se debe atender, en un primer momento, a si la víctima reúne alguna de las circunstancias aludidas por el legislador como fuente de vulnerabilidad (edad o persona con discapacidad). En un segundo momento, se debe verificar si, como consecuencia de tal factor de vulnerabilidad, la víctima tenía mitigada, de manera significativa, la capacidad para desplegar algún tipo de defensa frente al concreto ataque patrimonial. La alusión a la vulnerabilidad por razón de edad o de discapacidad obliga a analizar si esa condición ha incidido en la dinámica comisiva.

Una vez precisado que la referencia al «abuso de la vulnerabilidad de la víctima» en el art. 268 CP no excluye necesariamente, tal y como aquí se interpreta, su aplicación a casos más próximos al abuso de superioridad interesa ahondar ya, en lo particular, en la determinación de los parientes que pueden ser considerados vulnerables por razón de edad o de discapacidad en los delitos patrimoniales.

1. El abuso patrimonial sobre parientes vulnerables por razón de edad

La determinación de la posición de vulnerabilidad de la víctima por razón de edad es independiente de la advertida por concurrir una discapacidad²⁶. No es necesario acreditar las dos fuentes de vulnerabilidad para inaplicar el efecto exoneratorio del art. 268 CP. La referencia genérica a la edad comporta que el pariente pueda ser vulnerable tanto por escasa edad como por avanzada edad. El art. 268 CP elude la referencia a tramos de edades, comprendiéndose un abanico de edades que recorren desde la etapa de la infancia hasta la vejez²⁷.

Una de las dudas interpretativas que se han planteado en torno a esta fórmula es si tiene relevancia que la edad del sujeto activo y del sujeto pasivo esté próxima para advertir la vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad. Es posible, sin embargo, que la cercanía de la edad entre víctima y victimario no excluya este abuso. Piénsese en el caso de dos hermanos de edad avanzada. Uno de ellos, de 90 años, vive solo y no tiene hijos,

²⁶ La vulnerabilidad «puede resultar de varios factores que se aprecian de forma alternativa y no cumulativa, por lo que, apreciado el efecto por razón de la edad, no se hace necesario acreditar vulnerabilidad por incapacidad». Véase la SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1309).

²⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2021, p. 19; DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 83. No obstante, para CUERDA RIEZU «parece lógico entender que la vulnerabilidad se potencia cuando la edad es poca como cuando es mucha, quedando por tanto los tramos intermedios sometidos a la excusa absolutoria», 2020, p. 68.

pero tiene problemas para manejar el dinero o el estado de sus cuentas. El otro hermano, de 88 años, que se encuentra en perfectas condiciones mentales, convive con él y es su único asidero familiar. Este último, aprovechándose de los problemas de comprensión en el ámbito patrimonial de su hermano, se apropia indebidamente de sus ahorros. No considero que, en este caso, se deba excluir *ab initio* el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por el mero hecho de que las edades del sujeto activo y del pasivo no sean particularmente desproporcionadas²⁸. Lo relevante para afirmar la vulnerabilidad de la víctima no es la mayor o menor cercanía cronológica entre los parientes. Lo decisivo es que todas las circunstancias que derivan de la edad de la víctima influyan en su capacidad de reacción frente al delito patrimonial²⁹. Esta idea, según entiendo, se podría extrapolar a los casos de «escasa edad». Pensemos en un menor de 15 años, en un centro de acogida, que es engañado por otro de 17 años, con una mayor madurez intelectual, para vender su iris y obtener con posterioridad el dinero en bitcoins³⁰. El menor de 17 años se queda con la retribución que correspondería al de 15 años. A tal efecto, no estimo que la proximidad en la edad entre víctima y victimario impida apreciar el «abuso de la vulnerabilidad» por razón de edad en un delito de estafa.

Explicitadas estas cuestiones preliminares, en los apartados siguientes, trataré de exponer los problemas asociados a la fórmula «por razón de edad», al hilo de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que han evidenciado la dificultad para determinar qué parientes quedarían amparados en esta excepción³¹.

1.1. Los parientes menores de edad. La vulnerabilidad innata y los garantes en el ámbito patrimonial

Para determinar qué parientes de escasa edad quedarían comprendidos en esta excepción a la excusa absolutoria, interesa aproximarse al

²⁸ De otra opinión, GALLEGU SOLER, 2015, p. 933 y, 2024, p. 1211.

²⁹ La STS 224/2003, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2003:849), pone de manifiesto que «la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato».

³⁰ En relación con este supuesto, véanse, por ejemplo, los múltiples casos de acceso de menores a dinero mediante el mercado de los criptoactivos, en «Colas de menores en Avenida de América y otros puntos de España para escanear su iris por criptomonedas: alerta a padres y a la AEPD», publicado el 21 de febrero de 2024 en el *Eleconomista.es*.

³¹ La jurisprudencia, llamativamente, ha empleado en alguna ocasión la referencia a una ley argentina (art. 6 del Capítulo III de la Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos) para señalar que esta indica que se presumirá la situación de especial vulnerabilidad si la víctima fuere menor de edad o mayor de sesenta años. Véase esta referencia en el AAP Valladolid 421/2023, de 22 de noviembre (ECLI:ES:APVA:2023:933). En esta resolución se revoca el auto de sobreseimiento que consideraba aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP, entre otros motivos, al considerar que podría concurrir el «abuso de la vulnerabilidad de la víctima» al tener la querellante 75 años.

tratamiento de la minoría de edad como circunstancia agravante en el Código penal. Las condiciones que debe reunir una persona menor de edad para ser considerada vulnerable no son fácilmente identificables. Las referencias a la minoridad para agravar la pena son heterogéneas en las diferentes figuras delictivas, tanto es así que incluso han sido calificadas de indescifrables o arbitrarias³². En algunos delitos, se agrava la pena por ser la víctima menor de 18 años, en otros preceptos la edad se cifra en los 16 años o en los 14 años e incluso, en los delitos sexuales, se rebaja hasta los 4 años³³. A este maremágnum de edades sin coherencia sistemática, se añaden las distintas presunciones *iuris et de iure* de la vulnerabilidad de todo menor de edad. A título de ejemplo, en el delito de tráfico de órganos, se presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de todo menor de edad, mientras que, en otras figuras delictivas, como en el homicidio, el asesinato o la agresión sexual, la aplicación automática se reserva para los menores de 16 años y, al mismo tiempo, se recoge la posibilidad de apreciar *ad casum* a la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad³⁴.

La indeterminación del legislador nos conduce a anclar los contornos del abuso de la vulnerabilidad del pariente menor de edad sobre tres interrogantes que interesa despejar: ¿Concurre en los menores una suerte de *desvalimiento innato* en el ámbito patrimonial frente a sus familiares? ¿Se puede establecer una edad a partir de la cual un menor no puede ser considerado vulnerable a efectos del art. 268 CP? ¿La existencia de terceros garantes del patrimonio del menor excluye su vulnerabilidad?

Empezaré por la primera pregunta que, en otros términos, no es otra que si existen realmente algunos menores que no sean vulnerables frente a los ataques patrimoniales de sus parientes. Pese a este escenario asistemático de la minoría de edad en el texto punitivo, una primera conclusión que podemos extraer es que, en el caso del art. 268 CP, la fórmula empleada no se presenta como una presunción de vulnerabilidad por razón de la minoría de edad³⁵. Si el legislador hubiera pretendido incorporar al paraguas de la vulnerabilidad a todos los menores de edad como excepción a esta excusa absolutoria, lo hubiera efectuado, como está presente en otras disposiciones, con otras cláusulas expresas a la minoría de edad o a menores de 18 años³⁶. Ahora bien, si se recorren las figuras delictivas que preceden al art. 268 CP, excluidas las que emplean como medios co-

³² BLANCO CORDERO, 2020, p. 535.

³³ BLANCO CORDERO, 2023, p. 126.

³⁴ Más en detalle, MOYA GUILLEM, 2020, pp. 29 y 30.

³⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2021, p. 19. En sentido contrario parece manifestarse MAGRO SERVET cuando señala que la excusa absolutoria «no alcanza a casos en los que haya existido un aprovechamiento de la víctima por su especial vulnerabilidad, lo que ocurriría en el caso de delitos cometidos contra menores de edad», 2018, p. 18.

³⁶ Así lo resaltan en la doctrina, entre otros, CASTRO CORREDOIRA/ GUINARTE CABADA, 2015, p. 842; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2021, p. 19.

misivos la violencia o intimidación, pronto se advertirá un impedimento consustancial al radio de acción del precepto³⁷. Me refiero a la naturaleza de los delitos y a la limitada capacidad de los menores que los coloca en un contexto de indefensión. La vulnerabilidad del menor puede alterarse en función de la familia delictiva. Si se trata de un delito que requiere el conocimiento de las facultades de disposición del patrimonio, como sucede en los delitos de estafa, administración desleal o apropiación indebida, la vulnerabilidad será más patente o incluso podría demorarse en casos más próximos a los 18 años. Con todo, en esta clase de delitos, tampoco se podría descartar de plano que aquellas víctimas que hayan alcanzado la mayoría de edad, pero que se encuentren próximas a ella, puedan ser consideradas vulnerables (18 o 19 años), siempre y cuando se anuden otras características a su edad (escasa formación financiera, aislamiento social, complejidad del negocio...). En cualquier caso, la prueba de su vulnerabilidad resultará más exigente, al no articularse el factor de la edad con el mismo peso que en las anteriores franjas. En los delitos de apoderamiento, como el hurto, o también en el delito de daños, la dinámica comisiva permite al menor ser más consciente de la infracción patrimonial cometida y, en suma, cuanto más se aproxime el menor a la mayoría de edad, la vulnerabilidad se irá desdibujando.

Para evidenciar más gráficamente el problema que supone determinar el círculo de menores vulnerables en el ámbito patrimonial, interesa compararlo con el mismo problema generado en torno a la delimitación de la especial vulnerabilidad de los menores en los delitos contra la vida. Veámoslo con un ejemplo. Si un padre mata a su hijo, un bebé de meses o de corta edad, de 3 o 4 años, no tendríamos, en principio, problemas para fundamentar que la víctima se encontraba en una posición especialmente vulnerable. Y ello por una razón fundamental basada en la *vulnerabilidad ínsita* a la víctima o, en otros términos, a su *desvalimiento natural*. El bebé, o el niño de corta edad, posee una incapacidad natural para defenderse. Si modificamos el delito cometido en el ejemplo y en lugar de un homicidio o asesinato³⁸, el padre comete un delito de apropiación indebida al extraer 20.000 euros de la cuenta titularidad de su hijo, en la que recibe su pensión por orfandad³⁹, ¿fundamentaríamos de igual modo la vulnerabilidad del menor? Intuitivamente, la respuesta sería afirmativa. Un bebé de meses o un niño de corta edad tiene la misma incapacidad natural para reaccionar frente al ataque en un delito contra su vida que

³⁷ De perfil similar, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2021, p. 19.

³⁸ Sobre la polémica calificación jurídico-penal de muertes a niños indefensos en la jurisprudencia, véanse MOYA GUILLEM/SANDOVAL, 2023, pp. 263 y ss.; ALONSO ÁLAMO, 2023, pp. 5 y 13; GARROCHO SALCEDO, 2024, p. 5.

³⁹ En un caso similar de apropiación indebida por parte de los dos tutores de un menor (tíos de la víctima y, por tanto, sin posibilidad de acogerse al art. 268 CP) se señala en la resolución su situación de vulnerabilidad «dada su edad y su orfandad». Véase la STS 236/2023, de 30 de marzo (ECLI: ES: TS: 2023: 1567).

en un delito contra su patrimonio. Solamente podría defenderse si es auxiliado o asistido por terceros.

Imaginemos, esta vez, que el menor del ejemplo precedente tiene 16 años, trabaja los fines de semana, dispone de una tarjeta asociada a su cuenta y de una aplicación a través de la que puede consultar su saldo y movimientos⁴⁰. Su padre, que figura como representante legal en la cuenta, retira todos los ahorros a una cuenta de su titularidad exclusiva. ¿Es el menor vulnerable a efectos del art. 268 CP? En este supuesto, el menor posee discernimiento sobre la realidad patrimonial y tiene aptitud para reaccionar frente al delito. Nos encontramos ante un supuesto radicalmente distinto al anterior. El menor no tendría una posición de absoluta desprotección o de vulnerabilidad extrema.

Con estos dos ejemplos lo que pretendo subrayar es que sí cabe sostener que existen menores de edad que no son vulnerables frente a los despojos patrimoniales de sus parientes. Nótese que los menores poseen una capacidad para operar en el tráfico jurídico limitada hasta los 18 años, pero ello no implica que antes de alcanzar la mayoría edad no vayan adquiriendo gradualmente cierta aptitud en el ámbito patrimonial. El menor, desde que nace hasta que alcanza la mayoría de edad, atraviesa una franja de edades en la que progresivamente se le van reconociendo más facultades y, por tanto, capacidad de autogobierno económico. Tanto es así que el menor puede realizar una serie de actos por sí solo, sin necesidad de complemento por sus progenitores o tutores⁴¹. Se mencionan, a continuación, algunos ejemplos:

- a) Puede llevar la administración ordinaria de los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria (art. 164.3º CC).
- b) Puede pedir al juez que tome medidas oportunas en los supuestos de mala administración de su patrimonio por parte de sus padres (art. 167 CC).
- c) Le permite otorgar testamento, siempre que hayan cumplido 14 años, exceptuando el ológrafo (art. 663.1.1º CC).
- d) Puede aceptar donaciones que no sean onerosas o que estén sometidas a condición (art. 626 CC).

De hecho, este reconocimiento gradual se hizo más patente tras la aprobación de la Ley 26/2025, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta normativa reformó

⁴⁰ El 73% de los bancos ofrecen una tarjeta bancaria para menores y para poder contratarla la edad más frecuente son los 14 años. Sin embargo, en el caso de las tarjetas prepago, encontramos excepciones, hay algunas entidades que fijan el límite a partir de los 12 años. Véase «¿Tarjetas bancarias para menores? Cinco preguntas con respuesta», *Economía digital*, 27 de octubre de 2019.

⁴¹ RUIZ JIMÉNEZ, 2022, p. 51.

el art. 1263 del Código civil para ampliar la capacidad para prestar consentimiento y, por tanto, para celebrar contratos, tanto a los menores emancipados como aquellos que no lo están cuando se trate de «contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

Así pues, de manera orientativa, si el menor tiene 16 años, su edad podría constituir un indicio para destruir la presunción de vulnerabilidad. La determinación de esta edad se explica porque la edad legal para trabajar en España es de 16 años, con consentimiento de los padres o tutores, por lo que la víctima podría ser un menor de 16 o 17 años que trabaja y, en definitiva, con un conocimiento de las consecuencias de los actos de terceros sobre su patrimonio. Se pronuncia *obiter dicta* el Tribunal Supremo, pero en el caso de un menor de 17 años en relación con un delito de administración desleal cometido en el marco de una sociedad familiar, en la que entiende que estaba acogido a la patria potestad del padre y, por ello, descarta que fuera vulnerable por razón de edad⁴². Con todo, insisto en la valoración *ad casum*, sin automatismos interpretativos. Si el menor de 16 no trabaja y sus padres ejercen un férreo control que le impide disponer y consultar la cuenta que tiene, por ejemplo, a su nombre, difícilmente podría tener esa capacidad o «madurez» en el ámbito patrimonial. Con todo, existe una *vulnerabilidad innata* difícil de superar por la propia dinámica comisiva de la gran mayoría de delitos patrimoniales a los que resulta de aplicación el art. 268 CP.

Si retrocedemos, de nuevo, al ejemplo anterior, pensemos que el menor, de 4 años, tiene abierta una cuenta a su nombre y esta vez tenemos dos progenitores que constan como representantes legales⁴³. La madre es la que se apropia de parte del dinero destinado a estudios del menor. El padre detecta lo sucedido y denuncia los hechos. ¿Cambiaría nuestra posición inicial? ¿Influye la existencia de un tercero que protege su patrimonio? ¿Dejaría el menor de ser vulnerable a efectos del art. 268 CP? Nótese que, en el marco de un ataque contra la vida, se ha sostenido que si las personas desvalidas o vulnerables (bebés o ancianos) se encontrasen fuertemente protegidas por varios guardaespaldas sería muy discutible su tutela penal reforzada⁴⁴. En este punto, cabe preguntarse si los progenitores que ejercen la patria potestad podrían erigirse como esa suerte de «guardaespaldas» en la esfera patrimonial y, en consecuencia, neutralizar la aparente o primigenia vulnerabilidad del menor. Estas

⁴² STS 387/2023, de 24 de mayo (ECLI: ES: TS: 2023: 2419).

⁴³ Aunque se suela hacer referencia a «autorizados» en la cuenta del menor en las sentencias, lo cierto es que no existe tal figura hasta que el menor no alcance los 18 años y «autorice» al acceso a la cuenta, mientras tanto los progenitores constan como representantes legales en la cuenta del menor.

⁴⁴ GARROCHO SALCEDO, 2024, p. 14.

mismas dudas han asaltado a los tribunales en la práctica. Las cuentas de ahorro abiertas a nombre de menores, en las que constan como autorizados los progenitores, constituyen un supuesto frecuente en la realidad familiar. Uno de ellos, normalmente por desavenencias, transfiere, sin consentimiento del otro, diversos importes a una cuenta de titularidad exclusiva⁴⁵.

En la jurisprudencia existe una abierta discrepancia en torno a cómo configurar la vulnerabilidad de los menores en estos casos. Por ello, interesa examinar las dos posturas jurisprudenciales y los argumentos empleados. La primera posición es proclive a descartar la vulnerabilidad de los menores (en el caso de 8 y 5 años) porque «con la edad citada no actúan en el mundo jurídico y, por tanto, no pueden intervenir eficazmente en ningún tipo de negocio jurídico» (SAP Madrid 368/2022, de 4 de julio). La razón fundamental que se esgrime para rechazar la situación de vulnerabilidad de los menores se ancla a la institución de la patria potestad que permitiría compensar «el desvalimiento que podrían sufrir por no tener 18 años o 16 y estar emancipados». Conviene en este punto adentrarse en otro aspecto del caso al que otorga el tribunal una notable repercusión, ya que podría diferir en otros supuestos y, en su caso, podría alterar la calificación de los menores como vulnerables. En el caso enjuiciado, la denuncia que dio lugar al procedimiento fue interpuesta por el padre de los menores. El órgano judicial considera ese dato como decisivo, al subrayar que la reacción del otro progenitor que ostenta, del mismo modo, la patria potestad del menor frente al delito impide apreciar la vulnerabilidad de la víctima.

Frente a esta postura más restrictiva, la otra línea argumental pone el centro de gravedad en la *vulnerabilidad ínsita* de los menores. Así, se ha señalado que la vulnerabilidad «es más que obvia cuando se trata de niños que no alcanzan los doce años», por lo que la «exclusión de la pena no alcanza a casos en los que haya existido un aprovechamiento de la víctima por su especial «vulnerabilidad» lo que ocurriría en el caso de delitos cometidos contra menores de edad en los que concurra una relación de parentesco de las contempladas en el art. 268 CP» (SAP Ciudad Real 164/2020, de 30 de marzo).

Al hilo de estas dos posturas jurisprudenciales que colisionan, interesa volver a colocar sobre el tapete algunas ideas en torno a la vulnerabilidad de los menores en este ámbito. El primer problema que conviene desentrañar es si el abuso de la vulnerabilidad sobre el menor no existiría en caso de concurrir dos progenitores que ejercen de manera simultánea los deberes inherentes a la patria potestad. Los menores no pueden ejer-

⁴⁵ Este caso es abordado en las siguientes resoluciones: SAP Madrid 368/2022, de 4 de julio (ECLI:ES:APM:2022:10145); SAP Asturias 15/2022, de 18 de enero (ECLI:ES:APO:2022:292); SAP Ciudad Real 164/2020, de 30 de marzo (ECLI:ES:APCR:2020:1711); ATS 902/2019, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:11086).

citar, salvo los supuestos expresamente previstos abordados previamente y el caso del menor emancipado, con ciertas limitaciones, sus derechos patrimoniales por sí solos. La patria potestad es un efecto legal propio de toda relación paterno o materno filial con efectos personales y patrimoniales⁴⁶. La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 CC). La cuestión es qué sucede si uno de los progenitores es el que comete el delito patrimonial y es el otro el que denuncia los hechos delictivos en defensa del menor. Se plantea, en este escenario, si el progenitor que denuncia actúa como esa suerte de «guardaespaldas» en la esfera patrimonial del menor. La primera postura jurisprudencial así parece entenderlo al deshacer la posición de vulnerabilidad del menor si existe otro progenitor ejerciendo «efectivamente» la patria potestad. No bastaría con advertir un *desvalimiento innato* del menor en el ámbito patrimonial, como acontecerá hasta los 16 años, sino que pretende poner el foco sobre los terceros que lo circundan.

Con respecto a esta cuestión, debemos preguntarnos si tiene sentido rechazar la vulnerabilidad del menor cuando es uno de los progenitores el que ha actuado como un «enemigo interno». Obsérvese que la «defensa» por parte del otro progenitor no ha sido más que una conducta postdelictiva, como es la denuncia una vez consumada la infracción patrimonial. Considero que la incorporación en la excusa absolutoria del art. 268 CP del abuso de la vulnerabilidad por «razón de la edad» posee un claro componente protector que pretende resguardar el patrimonio de los menores de posibles conflictos familiares y, en particular, podría constituir, tal y como sucede en el delito de impago de pensiones (art. 227 CP), un caso de «violencia económica» indirecta frente a la pareja. Y ello incluiría esta clase de supuestos, en los que se «abusa» de la vulnerabilidad del menor con el propósito de obtener un rédito económico. Interesa recordar que, pese a que subsista la responsabilidad del autor, en la mayoría de los casos, no es más que papel mojado porque es insolvente⁴⁷. Pero todavía se puede apelar a otra razón preventiva. El riesgo que asume quien únicamente está sometido a responsabilidad civil es muy limitado. Solo debe devolver la cosa o, en su caso, indemnizar por los perjuicios causados (art. 110 CP). ¿Por qué no arriesgarse si no existen riesgos personales?

No obstante, si se sigue este criterio jurisprudencial, se abre un nuevo frente interpretativo. Conviene trasladar si resulta aplicable, de igual modo, a casos de menores en los que el progenitor que comete la infracción patrimonial es el que ejerce la patria potestad en solitario, pero la guardia y custodia está, por ejemplo, concedida a otro familiar. ¿Estaría,

⁴⁶ Sobre el contenido y los efectos de la institución de la patria potestad, en detalle, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, 2022, p. 67.

⁴⁷ Así lo destacan CUERDA RIEZU, 2020, p. 62; CASANUEVA SANZ, 2022, p. 110.

en este supuesto, el menor igualmente protegido frente a los ataques patrimoniales de sus parientes? El Tribunal Supremo sí ha resuelto un caso de estas características, en el que el padre se apropiaba de la pensión de orfandad de su hija, de 10 años, estimando la posición de «especial vulnerabilidad por razón de la edad de la menor» que carecía «de discernimiento y capacidad de disposición directa sobre los fondos, siendo administrados los mismos por sus tutores legales» (ATS 902/2019, de 17 de octubre: ECLI: ES: TS: 2019: 11086). Lo llamativo del supuesto es que la abuela tenía atribuida su guardia y custodia y se encargaba de administrar la cuenta de la menor (STSJ Galicia 30/2019, de 3 de abril: ECLI:ES: TSJGAL: 2019: 2248). En este caso, se plantea si existe un cambio cualitativo, esto es, si no es parangonable a los anteriores supuestos porque la protección de la víctima es de una intensidad menor, al proceder de un pariente que no tiene atribuida la patria potestad. Así pues, el menor sería, con mayor razón, «vulnerable» a efectos del art. 268 CP.

En suma, los menores de edad que, descendiendo al caso concreto, no tengan la aptitud o la capacidad mínima para comprender las consecuencias de los actos de terceros sobre su patrimonio, a mi juicio, encajarían en el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad. La exigencia del absoluto desamparo del menor para colmar el concepto de vulnerabilidad de la víctima abocaría a estos comportamientos a una cifra negra de victimización. La denuncia de la realidad económica del menor requiere de un tercero que pueda acceder a esa información.

1.2. El abuso patrimonial sobre los parientes de edad avanzada

El abuso económico o patrimonial sobre las personas de edad avanzada constituye un problema acuciante en la realidad victimológica y ha sido incluso etiquetado como el delito del siglo XXI⁴⁸. El porcentaje de victimizaciones en el año 2021 de personas de 65 o más años por infracciones patrimoniales es significativo y, pese a todo, parece que estamos ante un fenómeno iceberg, con una notable cifra negra que se agudiza en el ámbito del maltrato económico intrafamiliar⁴⁹. Una de las razones que podría explicar la dificultad para registrar o detectar esta clase de abuso económico es la reticencia de las víctimas a perjudicar a sus familiares por el miedo a ser abandonadas⁵⁰; en otros casos, ni siquiera son conscientes de estar sufriendo una conducta delictiva⁵¹. Un estudio

⁴⁸ POORNIMA WASDANI / LOKANAN, 2023, p. 4.

⁴⁹ Los estudios de Derecho comparado evidencian que los abusos económicos son, con carácter general, perpetrados por familiares, siendo las personas con alguna enfermedad psíquica las más vulnerables frente a esta clase de abuso. Véase PEISAH / BHATIA / MACNAB / BRODATY, 2016, p. 703.

⁵⁰ E incluso también por vergüenza. Así lo ponen de manifiesto, POORNIMA WASDANI / LOKANAN, 2023, p. 9.

⁵¹ MANTHORPE, 2005, p. 31.

realizado en Canadá determinó que la mayoría de las víctimas de abuso patrimonial que habían registrado estaban jubiladas o en paro, con una edad media de 60 años y el 76 por ciento eran mujeres⁵².

Uno de los grandes problemas de esta clase de abuso económico es lograr su detección en una fase temprana. Se ha evidenciado que los profesionales médicos pueden cumplir una gran labor al detectar los indicios de una persona que está sufriendo esta clase de abuso⁵³. No obstante, se ha puesto de manifiesto que un control más eficaz y preventivo puede realizarse a través de las entidades bancarias mediante la formación de su personal sobre el abuso económico y la implementación de una serie de indicios que permitan informar con celeridad a las autoridades competentes⁵⁴. Desde 1995 existe en Estados Unidos esta formación especializada y una preocupación por su prevención desde las entidades bancarias. Esta iniciativa surgió desde la *Oregon Bankers Association*, el *Department of Human Services* y la *Oregon Health Authority*, al aunarse en una colaboración público-privada para prevenir, detectar y comunicar casos sospechosos de abuso financiero sobre personas mayores. Al albur de este proyecto, se publicó un Manual (*«Preventing Elder Financial Exploitation: How Banks Can Help»*), que ha ido actualizándose, y que incluye información que ayuda a los empleados de la entidad bancaria a reconocer un hipotético caso de abuso financiero a una persona mayor⁵⁵. Esta cultura de la prevención del abuso económico en las entidades bancarias se ha seguido desarrollando, como muestra el hecho de que la *American Bankers Association*, en 2012, pusiera en marcha un curso para empleados de las entidades bancarias con el propósito de que fueran capaces de identificar potenciales casos o que la *Californian Bankers Association* publicara un manual que suministrara información sobre escenarios a los que puede enfrentarse un empleado de banca en caso de sospechar un supuesto de abuso económico (*«Stop Elder Financial Abuse»*)⁵⁶.

En España, merece atención, precisamente, la reciente cooperación entre el Ministerio Fiscal y el sector bancario para lograr detectar tempranamente los abusos patrimoniales perpetrados sobre personas en situaciones de vulnerabilidad. La Fiscalía impulsó, en 2022, la creación de un grupo de trabajo —con el Banco de España en calidad de observador— integrado por representantes del Ministerio Público y de las tres

⁵² POORNIMA WASDANI / LOKANAN, 2023, p. 20.

⁵³ En el ámbito sanitario se pueden encontrar estudios sobre la prevención y detección del abuso económico en las personas mayores, véanse, BLUM / GÓMEZ-DURÁN / RICHARDS, 2013, p. 65; PERTERSON / BURNES / CACCAMISE et al, 2014, p. 1615.

⁵⁴ MANTHORPE, 2005, p. 39; PEISAH / BHATIA / MACNAB / BRODATY, 2016, p. 703.

⁵⁵ Esta herramienta es pública y puede consultarse: https://web.oregonbankers.com/External/WCPages/WCWebContent/WebContentPage.aspx%3FContentID%3D377&ved=2ahUKEwjYl_KL1e6FAxVK9AIHHU2sDtoQFnoECB8QAAQ&usq=AOvVaw1SbjmHC-uj3N0qr-lMVfz_ (Último acceso: 02/05/2024).

⁵⁶ PEISAH / BHATIA / MACNAB / BRODATY, 2016, p. 706.

asociaciones que agrupan a las diversas entidades bancarias, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (AEB, CECA y UNACC). Durante el año 2022, la Unidad de la Fiscalía especializada en atención a personas con discapacidad y mayores inició un proyecto piloto de cooperación con dos entidades bancarias con el propósito de prevenir y detectar el abuso patrimonial, cuyos resultados supusieron el 15 por ciento del total de expedientes incoados por la Unidad⁵⁷. La mayor parte de estos expedientes se promovieron ante movimientos irregulares en las cuentas de personas de avanzada edad, titulares de productos bancarios, no acordes con su trayectoria precedente, que pudieran sugerir una insuficiencia de apoyos en su capacidad jurídica o situaciones de abuso o estafa por parte de personas de su entorno. En todos los casos, se remitió la información a las fiscalías territoriales para estudiar si era necesario instar medidas cautelares ante los juzgados para evitar un expolio total y, simultáneamente, evaluar la provisión de medidas de apoyo judicial a su capacidad jurídica con cierta estabilidad. Las fiscalías territoriales han reportado haber realizado dichas actuaciones en el 72 % de los casos comunicados, incluyendo en uno de ellos la incoación de un procedimiento penal⁵⁸. Así pues, este Protocolo de protección patrimonial resulta de gran interés para las entidades bancarias, en tanto que establece un listado de indicadores de riesgo, a modo de elementos indiciarios de la posible existencia de un abuso económico o riesgo patrimonial, para que puedan informar al Ministerio Fiscal⁵⁹. Esta cooperación también se ha complementado con la firma de un «Protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad».

La jurisprudencia, como sucede con los menores, se ha visto abocada a descender al caso concreto para determinar qué clase de parientes pueden ser considerados vulnerables por razón de su avanzada edad. La mera indicación de la edad, por muy mayor que sea la persona, no se estima suficiente para apreciar la vulnerabilidad de la víctima⁶⁰. Su constatación se ha ligado, en la mayoría de las ocasiones, a un cúmulo de

⁵⁷ Pese a que este porcentaje podría resultar escaso, la Memoria de la Fiscalía de 2023 (p. 883) resalta que se trata de «un porcentaje nada desdeñable atendiendo a que la iniciativa comenzó su andadura a mediados de año, únicamente con dos entidades».

⁵⁸ Véase la Memoria de 2023 de la Unidad especializada de personas con discapacidad y mayores del Ministerio Fiscal, p. 8 y ss.

⁵⁹ Sin embargo, no se ha podido acceder al documento orientativo de los indicios de abuso patrimonial, ya que el protocolo no es público y no ha sido publicado por la Fiscalía General del Estado.

⁶⁰ Sin embargo, en otros países, como en Chile (art. 489 CP) o Brasil (art. 181 CP), exigen que la víctima sea una persona mayor de sesenta años para excepcionar la excusa absolutoria. En la doctrina chilena, ponen de relieve «el carácter político-criminal de esta disposición, que se basaba en una idea de vida en familia como si fuera una comunidad de bienes, ha ido perdiendo fuerza en la vida social, al punto que en un solo año (2010) sufrió dos modificaciones de acuerdo a las actuales valoraciones de la vida en común». Véase MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, 2021, p. 716.

circunstancias personales que denotan fragilidad y absoluta indefensión. Así, sucede cuando la víctima de edad avanzada padece una enfermedad que afecta a su capacidad de discernimiento patrimonial, como el «Alzheimer»⁶¹, la demencia senil o un progresivo deterioro cognitivo, que se visibiliza a través de una memoria ineficaz, olvidos, dificultades de cálculo, que, en definitiva, la inhabilite para realizar tareas instrumentales como «manejar dinero o telefonar»⁶².

Conviene incidir en que debe producirse un vínculo entre la vulnerabilidad y el delito patrimonial que suponga una facilidad para su aseguramiento y comisión. En este punto, de nuevo, la naturaleza de los delitos se presenta como un aspecto crucial para lograr esa conexión. Si en los delitos contra la vida, o en los delitos patrimoniales de apoderamiento, es el estado físico de la víctima sobre el que se proyecta la vulnerabilidad, en los delitos patrimoniales más habituales en el seno del art. 268 CP (estafa, administración desleal o apropiación indebida) son las facultades psíquicas de la víctima las que aparecen en primer plano. Por esta razón, se ha rechazado que la enfermedad de Parkinson, más presente desde el punto de vista físico, pudiera advertirse como una situación de vulnerabilidad cuando no se manifieste psicológicamente en la víctima, y no exista un informe pericial que acredite, por ejemplo, que era más propensa a los engaños o a los abusos de terceros como consecuencia de su enfermedad⁶³. En esta dirección, se ha abundado en la idea de que, aunque la víctima, de 82 años, padecía «Parkinson, síndrome ansioso depresivo e ictus isquémico», sin embargo, no se indicó que dichos «trastornos» le generaran una «posición de vulnerabilidad, desprotección y riesgo» frente a decisiones que afectaran a su patrimonio. Se descartó así la inaplicación del art. 268 CP en el caso de un delito de estafa porque no se probó un «aprovechamiento de la vulnerabilidad derivado de la edad muy sustancial y acreditado, que supusiera un plus respecto del engaño que configura el tipo de la estafa»⁶⁴. No se estimó tampoco su concurrencia cuando la víctima, de 87 años, sufría una enfermedad física que la incapacitaba para la realización de sus actividades cotidianas, necesitando ayuda para moverse, pero constaba que ello no le impedía conservar y manifestar de forma consciente su voluntad formada sobre

⁶¹ SAP Zaragoza 79/2021, de 10 de marzo (ECLI:ES:APZ:2021:486).

⁶² En este caso la víctima tenía 92 años y se consideró inaplicable la excusa absolutoria en un delito de hurto continuado cometido por la hija frente a su madre, de 92 años de edad, atendiendo a «la propia edad avanzada y las circunstancias concurrentes de deterioro progresivo hacia el que avanzaba hasta el momento de su fallecimiento» que «evidencian el carácter vulnerable de la víctima, cuyo permiso para constituir a su hija como autorizada en las cuentas no puede, por esa misma razón, servir para convalidar las disposiciones sin causa que, una vez autorizada, no consta que conociera su madre (SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo: ECLI:ES:TS:2020:1309).

⁶³ SAP Girona 112/2020, de 13 de mayo (ECLI:ES:APGI:2020:2014).

⁶⁴ SAP Tenerife 135/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:APTF:2023:541).

la base de una capacidad de entender y querer suficiente⁶⁵. Resulta determinante para la jurisprudencia que la víctima posea una clara limitación para regir su persona y administrar sus bienes. En algunos casos, la existencia de alguna medida de apoyo o protección, como puede ser el nombramiento de un curador, servirá como prueba de la *incapacidad* para el autogobierno económico.

Como se ha puesto de manifiesto previamente, no basta con la constatación de la fuente de vulnerabilidad que indica el art. 268 CP, esto es, la edad o la discapacidad. La comprobación de la capacidad defensiva de la víctima frente al ataque patrimonial no puede eludirse. Para calibrar esta capacidad, los tribunales centran su interés en la reacción de la víctima frente al delito. Así, se ha estimado que no concurre la posición de vulnerabilidad en los casos en los que es la propia víctima la que alerta, por ejemplo, de la apropiación indebida, y acude a la entidad bancaria para comprobar qué disposiciones se han realizado en su cuenta o cancela la tarjeta para evitar más transferencias. Se trata de supuestos en los que, pese a la edad avanzada y los problemas físicos o de movilidad de la víctima, no existe una correlación con una merma de su capacidad psíquica y es perfectamente capaz de detectar operaciones irregulares e incluso de operar mediante la banca electrónica.

Así pues, en la jurisprudencia, la incapacidad de reacción de la víctima frente al delito vertebró el concepto de vulnerabilidad en el art. 268 CP. Se evidencia como síntoma de defensa de la víctima que sea ella misma la que denuncie los hechos y que declare personalmente sin fisuras argumentales, proporcionando datos coherentes⁶⁶. En esencia, se incide en la actuación postdelictiva de la propia víctima, en tanto que sea capaz de efectuar actuaciones de defensa de su patrimonio sin precisar la ayuda de terceros, como el cierre de una cuenta o la apertura de otra a su nombre.

Por último, me interesa resaltar que, si se asume, como efectúa una corriente jurisprudencial, la posición especialmente restrictiva de la condición de vulnerable del menor, no se podría advertir el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en el caso de personas de edad avanzada con

⁶⁵ SAP 47/2022, de 24 de febrero (ECLI:ES:APJ:2022:160). En un sentido similar, se ha incidido en que el establecimiento de un grado de dependencia físico, y no psíquico, impide la apreciación del abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad. Véase la SAP A Coruña 120/2017, de 12 de julio (ECLI:ES:APC:2018:1559).

⁶⁶ En la SAP Gijón 11/2023, de 12 de abril (ECLI:ES:APO:2023:1123) se señala que «el pretendido abuso de vulnerabilidad de la víctima se compadece mal con el hecho de que la perjudicada compareciera personalmente en sede policial y procediera, sin precisar asistencia o ayuda de su hermana que la acompañaba, ni de terceros, a interponer la denuncia y efectuar un relato carente de contradicciones, proporcionando una serie de datos (número de teléfono, identificación de la cuenta bancaria con su correspondiente numeración, lugar de residencia y municipio de empadronamiento, etc.) incompatible con la vulnerabilidad que se predica».

deterioros cognitivos si, por ejemplo, son estafadas por sus hijos, siempre y cuando cuenten con un familiar que les asista en sus actividades cotidianas con regularidad y este pueda advertir la conducta delictiva.

1.3. El problema de la influencia indebida ejercida sobre los familiares de edad avanzada

La determinación de la vulnerabilidad en el caso de personas de edad avanzada no está exenta de problemas interpretativos. El principal problema aparece asociado a la influencia indebida o emocional que ejerce la familia sobre los parientes mayores. La influencia indebida ha sido definida como aquella que se da en «una relación de confianza en la que una parte dominante aprovecha su influencia o posición de poder sobre la parte más débil, a menudo con fines económicos»⁶⁷. Esta influencia puede originarse mediante diversas conductas, como el aislamiento social, de los amigos, de los parientes o asesores, así como por la dependencia que sufre la víctima del autor del abuso, bien por necesitar ayuda física o por el soporte emocional que le ofrece⁶⁸.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2022 enfatiza, precisamente, que «es en los momentos de inicio del deterioro cognitivo donde la experiencia demuestra que las personas mayores son particularmente vulnerables, cuando menos, a influencias indebidas y, en los casos más graves, a conductas netamente fraudulentas o delictivas». Algunos indicadores de vulnerabilidad que se han puesto de manifiesto, además de la edad, son «la viudedad reciente, el aislamiento geográfico y los cambios emocionales o de comportamiento significativos e inexplicables en la víctima»⁶⁹. El problema reside en que muchos de estos abusos patrimoniales se denuncian una vez la víctima ha fallecido o tras advertirse un deterioro cognitivo severo. A esta razón obedece que la evaluación clínica por parte de profesionales queda circunscrita, en ocasiones, a un juicio retrospectivo y su acreditación puede complicarse en sede judicial⁷⁰. Así, en algunos supuestos, la inaplicación del art. 268 es parcial, ya que si

⁶⁷ BLUM / GÓMEZ-DURÁN / RICHARDS, 2013, p. 65.

⁶⁸ BLUM / GÓMEZ-DURÁN / RICHARDS, 2013, p. 66.

⁶⁹ Así se han puesto de manifiesto dos clases de indicadores económicos del abuso financiero de las personas mayores. Por un lado, de carácter positivo, se relacionan: las extracciones de dinero irregulares o atípicas, las extracciones incompatibles con las posibilidades económicas de la persona, movimientos sospechosos en la cuenta de la tarjeta de crédito, cambio de testamento o escritura, pérdida de la propiedad u objetos personales de valor que no se localizan. Por otro, de carácter negativo, se incluyen los siguientes: la falta de comodidades que la persona podría permitirse o no tratarse los problemas físicos o de salud mental. Véase, en detalle, BLUM / GÓMEZ-DURÁN / RICHARDS, 2013, p. 65.

⁷⁰ Véase la dificultad para acreditar la incapacidad de la víctima en el momento de los hechos en la SAP Madrid núm. 66/2024, de 26 de febrero (ECLI:ES:APM:2024:4159).

existe alguna duda sobre la capacidad de discernimiento (o la tolerancia de la víctima a los comportamientos antieconómicos de su patrimonio), se aplica la excusa únicamente a partir del momento en el que se acredite que la víctima «no estaba en condiciones para tomar una decisión y enfrentarse a ella, dada su situación de dependencia» (SAP Jerez 140/2023, de 27 de abril: ECLI: ES: 2023: 1264).

Con este problema de fondo, el Tribunal Supremo trata de delimitar las diferencias existentes entre una *persona vulnerable* y una *persona meramente influenciable*. Para el Alto Tribunal una persona influenciable no puede ser asimilada a una persona vulnerable en los términos del art. 268 CP. Así pues, se pone el acento en la idea de que las personas mayores pueden ser dependientes en cierta forma, incluso en un sentido amplio, a nivel afectivo, al estar necesitadas de compañía, sin embargo, este dato no permitiría conceptuar su estado como vulnerable. Se afirma para excluir la aplicación de la excepción en el art. 268 CP que la víctima no era una «persona demente» (STS 941/2021, de 1 de diciembre: ECLI:ES:TS:2021:4417). Esta resolución judicial también introduce, de nuevo, como en el caso de los menores, la idea de terceros protectores del patrimonio para descartar el estado de vulnerabilidad de la víctima⁷¹. Así pues, se concluye que no existía «una posición de vulnerabilidad, desprotección y riesgo frente a decisiones de todo tipo», «ni que estuviera afectado por algún tipo de incapacidad total que limitara funcionalmente su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes, sin que estuviera sujeto a medida de protección». En esta línea apunta el Auto de AP de Gijón 132/2023 (ECLI: ES: APO: 2023: 518A) cuando descarta su aplicación a la víctima, de 83 años, que no tenía contacto frecuente con tres de sus cuatro hijos, al residir en el extranjero y, en particular, era la hija denunciada la que se ocupaba de la gestión de sus cuentas. Resulta muy ilustrativo reproducir el fragmento en el que el Tribunal señala que la edad avanzada, en ningún caso, permite por sí sola presumir la vulnerabilidad de la víctima⁷²:

«aun cuando la denunciante por razón de su edad y la actual situación de viudedad, se pudiera calificar como una persona dependiente de su hija la denunciada, única de sus descendientes domiciliada en la misma población que su madre y, cabe racionalmente pensar, proporcionaba a su progenitora el cariño y la compañía que ésta precisaba, no es posible entender que la denunciante pueda ser considerada como una persona

⁷¹ Así se afirma que el padre no estaba en una situación de vulnerabilidad frente a su hija, en tanto que, aparte de no estar incapacitado para la toma de decisiones, estaba «la madre quien sería titular de la mitad como bienes gananciales, por lo que no es posible conceptuar su estado de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico a los efectos del art. 268 CP».

⁷² La presunción de vulnerabilidad por la mera edad se ha descartado unánimemente en la doctrina. Ahora bien, se ha precisado que no puede identificarse la avanzada edad con la enfermedad o la discapacidad, véase SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, 2023, p. 184.

vulnerable atendiendo exclusivamente a su edad, ningún deterioro físico o de carácter psíquico se predica de la misma ni en la denuncia ni en el recurso, y aunque pudiera tratarse de una persona que dada aquella edad estaba bajo la influencia de su hija, ello no significa que estuviera incapacitada para la toma de decisiones, debiendo recordar que la capacidad se presume y que, en el caso que nos ocupa, la decisión de autorizar a su hija para la gestión de las cuentas bancarias fue tomada por la denunciante y su esposo antes del fallecimiento de éste, en una situación de relación entre los padres y su hija, que se adoptó en una época anterior a la alerta sanitaria producida por el COVID-19, por lo que no es posible conceptuar un estado de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico a los efectos del artículo 268.1 del Código Penal».

Precisamente, se ha planteado si la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad alcanza al caso del hijo que exige a su padre, de edad avanzada, pero en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, que le transfiera determinada cantidad si quiere seguir viviendo en su casa con su familia en vez de enviarlo a un centro asistencial. Se ha propuesto que, en este supuesto, se podría aplicar el concepto de vulnerabilidad que se define en sede del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP), «cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso»⁷³. En el caso expuesto, considero que se debe atender a las características del contexto intimidatorio para lograr la transferencia patrimonial. Si realmente se puede constatar una auténtica intimidación nos aproximaríamos al delito de extorsión (art. 243 CP) que no estaría ni siquiera amparado por la excusa absolutoria. En cualquier caso, se podría apreciar un supuesto de *vulnerabilidad social*, pese a que los tribunales, al menos en el ámbito del art. 268 CP, prefieren despojar de su carácter delictivo a estos comportamientos.

Asentado lo anterior, y retomando la escala de la vulnerabilidad vicimal explicitada en la primera parte de este trabajo, interesa subrayar que los pronunciamientos jurisprudenciales examinados marcan dos significativas consecuencias interpretativas. La primera consecuencia es la limitación de la excepción a casos de auténtica *vulnerabilidad extrema* y, por tanto, de absoluta indefensión, que realiza el Tribunal Supremo para considerar apreciable el «abuso de la vulnerabilidad» de la víctima en el art. 268 CP. Esta interpretación especialmente restrictiva no se alinea terminológicamente con la propia expresión utilizada, más próxima a la agravante genérica de abuso de superioridad y, en definitiva, que permitiría interpretar que basta el desequilibrio físico o intelectual que debilite la capacidad de defensa de la víctima para que opere la excepción a la excusa absolutoria. La segunda consecuencia es el vaciamiento que se produce de la referencia a la edad como circunstancia denotativa de la

⁷³ Véase este ejemplo y esta propuesta en GALLEGOS SOLER, 2015, p. 933.

vulnerabilidad en el caso de personas mayores. Las resoluciones judiciales analizadas han evidenciado que la vulnerabilidad por razón de edad —salvo el caso de los menores de edad— no tiene un espacio autónomo de aplicación. La edad como factor de vulnerabilidad se ancla siempre por la jurisprudencia a un cúmulo de deterioros físicos o cognitivos que afectan a la comprensión del hecho delictivo sobre el patrimonio de la víctima y lo facilitan, precisamente, por su fragilidad. Sin embargo, la edad de la víctima acompañada de otros condicionantes como el aislamiento, la situación de viudedad, la dependencia emocional sobre un tercero o la escasa formación podrían situarla en una posición de *vulnerabilidad social*. El *desamparo económico* de la víctima merece la misma protección a efectos del art. 268 CP. Estos factores de vulnerabilidad social, de hecho, han sido tomados en consideración para aplicar la modalidad agravada del delito de hurto por concurrir el abuso de circunstancias personales o la situación de desamparo de la víctima (art. 235.1.6° CP). Sucede en los supuestos en los que la víctima —en el caso enjuiciado de 75 años— vive aislada socialmente y nadie presta ninguna cautela a su situación económica (STS núm. 226/2019, de 29 de abril (ECLI: TS: 2019: 1384)). En suma, la vulnerabilidad por razón de edad se relaciona con la limitación de la capacidad funcional de la persona derivada del transcurso del tiempo y, aunque no se infiera directamente del dato de la edad, debe interpretarse con un espacio propio⁷⁴.

2. *El abuso patrimonial sobre parientes vulnerables por razón de discapacidad*

La Encuesta más reciente sobre discapacidad en España («Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia») se publicó por el INE en 2022, aunque con datos de 2020, y recoge que existen en nuestro país más de cuatro millones de personas con discapacidad⁷⁵. Pese a que constituye un lugar común que todas las personas con discapacidad soportan un elevado riesgo de victimización⁷⁶, se ha señalado que su propensión a ser víctimas de un delito se concentra, en su mayoría, en delitos relacionados con la salud o la libertad sexual, mientras que resultan menos vulnerables frente a los delitos patrimoniales⁷⁷. Algunos estudios afirman que las personas con discapacidad intelectual presentan menos riesgos en el marco de los delitos patrimoniales porque, generalmente, no disponen de propiedades de alto valor⁷⁸. Con todo, esta afirmación

⁷⁴ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, 2023, p. 201.

⁷⁵ MOYA GUILLEM, 2023b, p. 137.

⁷⁶ TAMARIT SUMALLA, 2015, p. 73.

⁷⁷ PEREDA BELTRÁN / TAMARIT SUMALLA, 2013, p. 216.

⁷⁸ Así se recoge, con referencias a estudios internacionales sobre la materia, en PEREDA BELTRÁN / TAMARIT SUMALLA, 2013, p. 216.

considero que debería matizarse, o al menos revisarse empíricamente, porque la situación financiera de las personas con discapacidad puede resultar muy diversa. A tal efecto, se pueden distinguir tres escenarios en los que las situaciones financieras y las facultades patrimoniales son muy distintas: (i) personas con discapacidad intelectual congénita; (ii) personas jóvenes y adultas con una discapacidad psíquica sobrevenida y (iii) personas mayores con discapacidad psíquica sobrevenida⁷⁹. Lo cierto es que no existen cifras oficiales estimativas del número de personas con discapacidad que han sido víctimas de esta clase de delitos en nuestro país. El Portal Estadístico de Criminalidad únicamente permite desagregar las victimizaciones en función del grupo de edad y sexo.

2.1. La definición legal de discapacidad (art. 25 CP) y sus infrainclusiones. El problema de las víctimas con limitaciones transitorias o en otra vulnerabilidad situacional

El Código penal, al igual que sucede con el caso de los menores de edad, con carácter general, contempla una respuesta punitiva intensificada cuando la víctima es una persona con discapacidad o enferma⁸⁰. El legislador confiere un tratamiento asistemático a ambas situaciones, de tal modo que se refiere en algunos casos a las víctimas enfermas junto a las víctimas con discapacidad (arts. 172 ter 4º, 180.1.3º, 181.4, 184.4 y 188.3 CP), mientras que, en otras ocasiones, directamente solo se sobreprotege a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Esto último sucede, a título de ejemplo, en los delitos de lesiones (art. 148.3º CP) o en los delitos de detención ilegal o secuestro (arts. 165 y 166 CP). Con todo, esa exacerbación punitiva no se produce o, al menos, no de forma expresa en el marco de los delitos patrimoniales⁸¹. Se puede mencionar, como evidencia indirecta de la vulnerabilidad de la víctima, el subtipo agravado del delito de hurto que sanciona con más dureza la conducta de apoderamiento cuando «se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo» (art. 235.1.5º CP).

⁷⁹ Véase MARÍN (2009), p. 2.

⁸⁰ Sobre algunos de los problemas jurídico-penales de la persona con discapacidad como sujeto activo y víctima del delito, en particular, véase PANTALEÓN DÍAZ / PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, p. 140 y ss.

⁸¹ En el seno de la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal, se planteó introducir en el delito de estafa como subtipo cualificado la situación de vulnerabilidad de la víctima. Así, se incluía como modalidad agravada «cuando se cometa abusando de la situación de vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona discapacitada o desvalida». Véase la enmienda 483 del Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 66-2, núm. 44, celebrada el 15 de enero de 2015, p. 33.

La referencia en la excusa absolutoria a la «discapacidad» nos conduce, para dotarla de contenido, a la interpretación auténtica que efectúa el legislador de este término en el art. 25 CP, que fue reformado, al igual que el art. 268 CP, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. Este precepto distingue entre la persona con discapacidad y la persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por un lado, dispone que la *discapacidad* es «aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 25. 1 CP). Por otro, se refiere a la *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, que describe como «aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente» (art. 25. 2 CP).

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) propuso, precisamente, exceptuar de la aplicación de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales a las «personas con discapacidad de las consideradas en este Código como de especial protección»⁸². Esta propuesta más restrictiva, quizás, podría deberse a la clase delictiva que abunda en el ámbito de aplicación del art. 268 CP, esto es, los delitos en los que la capacidad de la víctima para tomar decisiones sobre su patrimonio constituye el eje sobre el que se proyecta la vulnerabilidad. La referencia en el art. 268 CP a la «discapacidad», sin embargo, permite entender que no únicamente quedan comprendidas las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y, por tanto, el precepto tiene un campo de aplicación omnicompreensivo.

La referencia al carácter «permanente» que debe revestir la discapacidad física, mental, intelectual o sensorial que describe el art. 25.1 CP presenta mayores problemas y ha sido objeto de intensas críticas en la doctrina. Las situaciones temporales o reversibles quedan excluidas del referido concepto legal y ello provoca que se proteja exclusivamente a las personas con una discapacidad crónica o irreversible, pero no a todas las personas con enfermedades temporales y discapacitantes. Esta referencia a la «permanencia» contrasta con otras definiciones de la discapacidad en el plano internacional que inciden en las deficiencias «a

⁸² Esta propuesta puede consultarse en la web de CERMI: <https://cermi.es/noticia/propuesta-de-modificacion-del-articulo-268-del-codigo-penal-excusa-absolutoria-en-los-delitos-patrimoniales-entre-parientes-cuando-la-victima-es-una-persona-con-discapacidad-de-especial-proteccion> (Último acceso: 12/07/2024).

largo plazo», «previsiblemente permanentes» o incluso «de naturaleza permanente o temporal»⁸³.

El énfasis sobre la perdurabilidad en el tiempo de la discapacidad como criterio decisivo no se acomoda bien a situaciones que requerirían la misma protección penal. No resulta muy complicado imaginar supuestos frecuentes en la práctica, como largas convalecencias tras intervenciones quirúrgicas o discapacidades limitadas en el tiempo⁸⁴. Veámoslo con un supuesto. Piénsese en una mujer, de 50 años, que se encuentra recuperándose de un ictus en su domicilio. Su hijo, aprovechando tal ocasión, le hurta las joyas que tiene guardadas en una habitación anexa a la que le piden guardar reposo a su madre. La cuestión es si concurre el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de su situación «incapacitante». La definición de discapacidad que recoge el art. 25 CP no permite, como se ha constatado, extender esta calificación a personas con discapacidades transitorias o reversibles. ¿Se trata de una vulnerabilidad de menor grado que no pretende excluir el legislador de la excusa absoluta? Este caso no quedaría comprendido en el concepto de persona con discapacidad (art. 25 CP) y tampoco encaja en la vulnerabilidad por razón de edad. Sin embargo, en tanto que ha existido un abuso de la posición de indefensión resulta llamativo o, al menos, chirría que el Derecho penal permanezca impasible. El abuso sobre una persona con una enfermedad temporal puede generar la misma indefensión o disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima que si fuese de carácter irreversible⁸⁵.

A la vista de la definición de discapacidad que efectúa el art. 25 CP, puede afirmarse que no toda persona que padece una enfermedad puede integrar el concepto de persona con discapacidad y, por ende, de persona vulnerable conforme a los parámetros del art. 268 CP⁸⁶. Ahora bien, considero que el factor de la avanzada edad acompañado de una enfermedad temporal permitiría apreciar la vulnerabilidad de la víctima, siempre y cuando se afecte a su capacidad defensiva. Así pues, las personas mayores enfermas quedarían amparadas en el concepto de persona vulnerable por razón de edad. No sucede lo mismo en el caso de parientes jóvenes o de mediana edad que pueden padecer una situación de discapacidad momentánea o reversible y, pese a ello, quedarían desprotegidos a efectos del art. 268 CP.

⁸³ En esta dirección, la Organización Mundial de la Salud ha destacado que «las deficiencias pueden ser temporales o permanentes, regresivas o estáticas; intermitentes o continuas». Véase MOYA GUILLEM, 2023b, pp. 156 y 157.

⁸⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, 2016, p. 4; TAPIA BALLESTEROS, 2023, p. 212.

⁸⁵ Existe consenso en la doctrina, véanse, entre otros, MARTÍNEZ GARAY, 2015, p. 536; TRAPERO BARREALES, p. 8 y ss.; ORTEGA MATESANZ, 2020, p. 535; PÉREZ FERRER, 2021, p. 55.

⁸⁶ Con carácter general, sobre la discapacidad y las limitaciones del concepto en el art. 25 CP, véase MOYA GUILLEM, 2023b, p. 159.

Las causas de especial vulnerabilidad en el Código penal también pueden producirse «por cualquier otra circunstancia». La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la LO 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual añadieron una nueva causa de vulnerabilidad referida a «cualquier otra circunstancia»⁸⁷. Se modificó así la referencia anterior a las «situaciones» de las víctimas. Así se recoge, a título de ejemplo, en el delito de *hostigamiento* (art. 172 ter CP) o en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (arts. 180.1.3º CP)⁸⁸, mientras que en el delito de trata de seres humanos se alude a la «situación personal» (art. 177 bis CP).

Cabe preguntarse por qué el legislador no incluyó en el art. 268 CP, como lleva a cabo en los otros preceptos, la referencia a la enfermedad o a la situación de la víctima. La tramitación parlamentaria pone de relieve que la redacción original de la enmienda que motivó la reforma del art. 268 CP contemplaba otra fórmula más amplia («persona discapacitada o desvalida»)⁸⁹. La alusión a la «persona desvalida» se justificaba por la necesidad de tener en consideración «otras circunstancias personales que contribuyen a esta vulnerabilidad»⁹⁰. No obstante, en el transcurso de la tramitación de la Ley, se llevó a cabo una corrección terminológica, sustituyéndose «persona discapacitada» por «persona con discapacidad», igualmente, se suprimió el término «desvalida». Se apeló a su connotación «peyorativa» para justificar tal cambio. Esta referencia se sigue manteniendo, sin embargo, en otros preceptos del texto punitivo en los que aparece junto a la «persona con discapacidad necesitada de especial protección» (arts. 161, 191, 228, 267, 287 y 296). De hecho, incluso se ha planteado en la doctrina la sustitución del listado de causas de vulnerabilidad —cada vez más abierto— en los diferentes subtipos agravados por una expresión, precisamente, más aglutinadora de situaciones de vulnerabilidad de diversa índole como la de «persona desvalida»⁹¹.

⁸⁷ Así, por ejemplo, se aprecia en el art. 180.1.3º CP que establece que «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el art. 183» o en el art. 172 ter 1 CP que dispone que «cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años».

⁸⁸ El art. 180.1.3º CP establece que «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el art. 183».

⁸⁹ CASTRO CORREDOIRA / GUINARTE CABADA, 2015, p. 805; FERRANDIS CIPRIÁN, 2016, p. 3; CASANUEVA SANZ, 2022, p. 96.

⁹⁰ Véase la enmienda núm. 491 al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 66-2, 10 de diciembre de 2014, p. 32.

⁹¹ Así lo propone MOYA GUILLEM, 2023b, p. 161.

La incorporación al art. 268 CP «de la situación o cualquier otra circunstancia» podría haber contribuido a recoger esas otras situaciones de vulnerabilidad que, siendo igualmente graves, quedan impunes, como la del hijo que hurta a sus padres conociendo su penuria económica. Se desoyó, en otra ocasión más, la posibilidad de incorporar al art. 268 CP tal referencia.

A la vista de lo expuesto, con la regulación actual, no es posible interpretar extensivamente el precepto, en tanto que el legislador se ha referido a dos parámetros para excluir su aplicación: la edad y la discapacidad⁹². Con todo, dada la fisonomía de los delitos patrimoniales (a excepción del hurto, el robo con fuerza en las cosas o los daños) sobre los que se proyecta esta excusa absolutoria, las discapacidades más relevantes serán las de carácter sensorial o psíquico⁹³.

2.2. El nuevo concepto jurisprudencial de «discapacidad» en el art. 268 CP

Para la apreciación de la discapacidad a efectos penales no se requiere su declaración formal, ni siquiera que haya sido promovida⁹⁴. Se debe demostrar que el sujeto activo abusó de tal circunstancia para lograr esa mayor facilidad en la conducta delictiva. Es el abuso de la vulnerabilidad de la víctima que le impide a esta defenderse la circunstancia que habilita a excepcionar la aplicación de la mencionada excusa absolutoria⁹⁵. Con todo, si se ha iniciado un procedimiento para instaurar medidas de apoyo a la persona para gestionar sus bienes y, en el ínterin, se produce el expolio patrimonial, será más sencillo acreditar la concurrencia de esta condición en el plenario⁹⁶. Y ello porque en la solicitud se incluyen documentos que la justifican, es decir, informes de profesionales con las medidas sugeridas.

Algunas resoluciones evitan referirse a la «discapacidad» de manera expresa, aunque materialmente hacen uso del concepto del art. 25 CP, y prefieren analizar el abuso de vulnerabilidad de la víctima en función de una amalgama de factores explicativos de aquella o, en otros términos, de sus consecuencias. Así, la STSJ Cantabria 15/2023, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TSJCANT:2023:1044), impide la aplicación de la excusa ab-

⁹² A favor de incluir otros supuestos en los que se abuse de la vulnerabilidad de la víctima, sea cual sea el motivo, FERRANDIS CIPRIÁN, 2016, p.5; CASANUEVA SANZ, 2022, p. 97.

⁹³ FERRANDIS CIPRIÁN, 2016, p. 5.

⁹⁴ La defensa lo planteó sin éxito en la SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo. En el mismo sentido, ORTEGA MATESANZ, 2020, p. 527; TAPIA BALLESTEROS, 2023, p. 212.

⁹⁵ Así lo destaca la STS 938/2023, de 19 de diciembre, cuando afirma que «la exclusión de la excusa absolutoria no deriva de la vulnerabilidad, sino del abuso de la vulnerabilidad».

⁹⁶ Así se estimó la vulnerabilidad de la víctima por concurrir la discapacidad en la STSJ Aragón 20/2018, de 23 de mayo (ECLI: ES: TSJAR: 2018: 691).

solutoria a la hija que se apropia del dinero de su madre, de 83 años, con un grado de dependencia III, deterioro cognitivo moderado, demencia y síndrome depresivo que le impiden comprender el alcance de las disposiciones sobre su patrimonio. En esta dirección, se califica la situación de la víctima como «vulnerable», sin referirse explícitamente a la discapacidad, indicando circunstancias como «deterioro cognitivo leve-moderado, afectado por enfermedades que le hacían dependiente para las actividades básicas de la vida, no podía organizar compras, utilizar y gestionar el dinero, a lo que se unía su edad» e incluso se remacha la situación de vulnerabilidad de la víctima por «el riesgo de no poder continuar en el centro en el que residía» (SAP Jerez 140/2023, de 27 de abril: ECLI: ES: APCA: 2023: 1264).

Sin embargo, en otras ocasiones, se ha puesto de manifiesto que el trastorno mixto depresivo y de adaptación de la víctima no se asimila a una situación de vulnerabilidad, al no tratarse de un menor o de una persona con discapacidad. Al respecto, la SAP Castellón 543/2023, de 10 de julio (ECLI: ES: APCS: 2023: 1113A), subrayó que tal trastorno no supuso una merma de la capacidad defensiva de la víctima, ya que «del contenido de la querella se deduce que las partes vienen manteniendo procedimientos judiciales entre ellos por sus discrepancias (...) por lo que difícilmente puede entenderse que exista una situación de vulnerabilidad. En la querella se habla de una larga lucha judicial para recuperar su dinero, o de una disputa judicial respecto a unos terrenos». Así pues, se consolida la interpretación que rechaza que la mera acreditación de un trastorno permita inferir la vulnerabilidad de la víctima.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si la interpretación del término «discapacidad» en el marco de la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 CP) debe seguir la disposición general del art. 25 CP⁹⁷. Si así fuese, ya se ha puesto de manifiesto que la definición legal de discapacidad (art. 25 CP) no comprende a las personas aquejadas de una incapacidad sobrevenida y reversible. Esta problemática se puso de manifiesto en la STS 938/2023, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5798). El supuesto presenta particular relevancia porque el comportamiento delictivo se realiza cuando la víctima se encuentra hospitalizada «con pérdida de conciencia e insuficiencia respiratoria con lo que resultó ser un problema cardíaco, con insuficiencia renal y disfunción neurológica, siendo precisas medidas de soporte vital dado su grave estado de salud». La sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Jaén es especial-

⁹⁷ Parte del concepto del art. 25 CP, SOUTO GARCÍA, 2017, p. 210. DE LA MATA BARRANCO demanda al legislador que cuando utilice una determinada expresión lo haga de manera coherente a lo largo del articulado. Así, se plantea, en general, si las referencias a la disminución psíquica o a la vulnerabilidad por razón de discapacidad son distintas a la definición de discapacidad del art. 25 CP, 2022, p. 86. Para MARCHENA PEREA «deviene obligatoria la remisión al art. 25 CP», 2023, p. 7.

mente telegráfica en la justificación de la posición de vulnerabilidad de la víctima que sustenta en «un evidente estado de discapacidad, pues su estado de salud era grave, en coma, sedada y en la UCI»⁹⁸. Sin embargo, el TSJ de Andalucía no comparte este criterio y subraya que se opone al taxativo concepto de discapacidad facilitado por la propia normativa a través del art. 25 CP (STSJ Andalucía núm. 139/2021, de 20 de mayo⁹⁹).

El Tribunal Supremo rechaza el planteamiento anterior y hace suya la argumentación del Ministerio Fiscal, descartando que, a efectos del art. 268 CP, se exija la nota de *permanencia* en la discapacidad para apreciar el abuso de la vulnerabilidad del sujeto pasivo. Para sustentar esta posición pone de relieve dos clases de cuestiones sobre las que cabe efectuar una serie de precisiones. Anticipo que la decisión material del Tribunal Supremo resulta razonable en términos de *lege ferenda* y, desde luego, debería modificarse la redacción del art. 268 CP, si es que se quiere seguir manteniendo este privilegio basado en el parentesco. Los argumentos que emplea para avalar, de *lege lata*, una interpretación distinta del concepto de discapacidad en el art. 268 CP, sin embargo, suscitan objeciones que, a continuación, paso a señalar:

(i) *La heterogénea finalidad de ambos preceptos*. Se enfatiza el distinto espíritu al que obedecen el art. 25 CP y el art. 268 CP. Se aduce que los preceptos de la parte especial que contemplan la discapacidad lo hacen en un sentido agravatorio de la pena. Así, se argumenta que, si se adoptara el concepto de discapacidad del art. 25 CP en el art. 268 CP, se produciría «el resultado contrario: desproteger a la víctima».

Esta comparación, a mi juicio, no es acertada. Ciertamente es que la cuestión ya no será si el sujeto activo responde en mayor o menor medida, porque, en el art. 268 CP, la constatación del abuso de la discapacidad de la víctima condiciona la propia punibilidad del comportamiento. Pero, insisto, nótese que se «desprotege» o, siendo más precisos, se protege en menor medida en ambos casos a las mismas víctimas. Podríamos afirmar que el legislador ha decidido agravar en determinados delitos la respuesta penal por tratarse de una víctima con discapacidad «permanente». Y, por la misma razón —la no concurrencia de esa nota de permanencia— decide no castigar por el delito patrimonial cometido frente al pariente en el escenario del art. 268 CP. El legislador no ha desprotegido a las víctimas como señala la resolución del Tribunal Supremo. Ha dejado sin protección penal a determinadas víctimas en el art. 268 CP, esto es, aquellas a las que les une un vínculo de parentesco con el autor del delito y no tienen una deficiencia perdurable en el tiempo. Y este esquema lo reproduce en el resto de las figuras delictivas a las que resulta aplicable el

⁹⁸ SAP Jaén 187/2020, de 15 julio (ECLI: ES:APJ:2020:1104).

⁹⁹ Al tiempo del cierre de este trabajo, esta sentencia no se encuentra en las bases de datos del CENDOJ y se cita por referencia a lo contenido sobre ella en la STS 938/2023, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5798).

art. 25 CP. Las desprotege en los mismos términos, al no aplicar la cualificación penológica —por ejemplo, en los delitos de lesiones (arts. 148.2, 153.2 y 155.2; en el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.5 CP) o en el delito de quebrantamiento de custodia e inducción al abandono (art. 223 y 224 CP)—si no se da la discapacidad que define el art. 25 CP. Y lo mismo sucede en el art. 268 CP. Se trata de una cuestión de coherencia legislativa. Ello no es óbice para que sea reprochable desde el punto de vista político-criminal, pero no puede sortearse eludiendo una disposición general del Código penal. ¿Para qué sirve entonces una disposición que reviste vocación general? ¿Por qué no define el legislador un concepto de discapacidad, a los efectos de la excusa absolutoria, si se quiere apartar del art. 25 CP? En suma, el Tribunal Supremo conculca abiertamente el principio de legalidad mediante una interpretación contra reo que rebasa el tenor literal del art. 25 del CP. Sería, en palabras de PASTOR ALCOY, «inaceptable `engañar` al delincuente y dejar de aplicarle la excusa»¹⁰⁰.

(ii) *La vulnerabilidad como «idea nuclear» y «no la incapacidad»*. El Tribunal Supremo considera que se ha de constatar la «vulnerabilidad, desprotección y riesgo» y la «limitación funcional», «sin que el concepto de permanencia se tome en consideración».

Esta observación no se puede compartir de *lege lata*. El art. 268 CP, aunque sea desafortunado, precisa unas concretas fuentes de vulnerabilidad, no cualesquiera. No se discute que la *ratio* de la excepción a la aplicación del art. 268 CP sea proteger a los parientes vulnerables y, por tanto, que el precepto pivote sobre la vulnerabilidad. Pero esta apreciación no permite orillar que el legislador ha mencionado dos causas de vulnerabilidad específicas, como son la edad y la discapacidad¹⁰¹. En efecto, el término «discapacidad» cuenta con una interpretación auténtica como disposición general en el art. 25 CP. Su finalidad es clara: evitar que en los diferentes preceptos se emplee de manera distinta generando desigualdades en la aplicación del texto punitivo. En el marco de las disposiciones generales al Código penal, se incluyen otras interpretaciones auténticas, como el concepto de funcionario o el concepto de documento, y sería difícilmente justificable un apartamiento de tales definiciones en los preceptos de la parte especial. De lo contrario, se estaría atentando

¹⁰⁰ PASTOR ALCOY, 1994, p. 7726.

¹⁰¹ Así parece entenderlo la SAP Ourense 463/2023, de 29 de septiembre (ECLI: ES: APOU:2023:476⁹), cuando afirma que «atendiendo al tenor literal de la norma, son dos los criterios sobre los que se asienta aquella: la edad o la discapacidad». El AAP Lleida 139/2023, de 9 marzo (ECLI: ES: APL: 2023: 430A), en relación con un caso en el que se alega una discapacidad física y psíquica reconocida del 43 %, también alude al art. 25 CP cuando señala que «sin que conste, tampoco que la misma padezca un menoscabo cognitivo tal como para estimarla una persona especialmente vulnerable en los términos requeridos por el precepto de referencia en relación con el concepto de persona con discapacidad a que se refiere el art. 25 CP».

contra la propia naturaleza de estas disposiciones que pretenden aplicarse, como su propio nombre indica, de manera general en todos los preceptos del texto punitivo.

En suma, el tenor literal del precepto limita la posición de «vulnerabilidad, desprotección y riesgo» a dos posibilidades, bien la edad o la discapacidad. El legislador podría haber formulado el art. 268 CP de manera más abierta, añadiendo la enfermedad junto a las dos anteriores o la cláusula «por cualquier otra circunstancia»¹⁰², pero no lo hizo. Y no solamente no empleó una fórmula más porosa, sino que fue más allá e hizo uso del término «discapacidad» cuyo concepto aparece definido en el art. 25 CP (*¿In claris non fit interpretatio?*).

Así pues, esta interpretación del Tribunal Supremo que sorteja en el art. 268 CP la nota de permanencia del concepto legal de discapacidad (art. 25 CP) constituye, más bien, un parche a la errada técnica legislativa. El resultado es satisfactorio, pero el camino para llegar a esta interpretación no resulta acorde con la naturaleza del art. 25 CP. La errada política del legislador no debería, por mucha tentación que exista, corregirse en sede judicial mediante interpretaciones analógicas contrarias a reo, sino exponiendo al Gobierno las razones por las que considera que la acción u omisión son dignas de represión (art. 4.2 CP)¹⁰³. No obstante, es deseable que se reformule el precepto para excepcionar la excusa absolutoria también en estos supuestos que puedan resultar igualmente graves¹⁰⁴. Ello pasa bien por la incorporación de una cláusula más abierta sustentada en la vulnerabilidad de la víctima «por cualquier circunstancia» o, incluso, por una modificación o supresión del art. 25 CP¹⁰⁵.

Por último, conviene subrayar que en la resolución analizada se condena al acusado por un delito de administración desleal, pero no se aprecia ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. La interpretación jurisprudencial clásica de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) que confiere un efecto atenuatorio, por analogía con el art. 268 CP, cuando concurre en los delitos patrimoniales cometidos por los parientes debe aquí ser exceptuada. Sin embargo, no se estima su

¹⁰² Así lo realiza, por ejemplo, en el art. 172 ter CP o el art. 180.1.3ª CP.

¹⁰³ Así lo enfatiza en el marco de la interpretación de los asesinatos alevosos de niños de corta edad y ancianos, GARROCHO SALCEDO, 2024, p. 5. En similares términos, con respecto a la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento, ALONSO ÁLAMO, 2023, pp. 5 y 13, denuncia que «la interpretación teleológica no puede sobrepasar lo que marca la ley sin correr el riesgo de desbordar los límites de la interpretación extensiva y deslizarse hacia la analogía prohibida».

¹⁰⁴ Esta idea ya fue anticipada en GUTIÉRREZ PÉREZ, 2023, p. 212.

¹⁰⁵ De esta opinión, ORTEGA MATESANZ, 2020, p. 534, quien apostilla que «el legislador no puede pretender fijar invariablemente qué personas requieren de una mayor o menor protección, sin atender al bien jurídico protegido en cada caso».

efecto agravatorio¹⁰⁶. Tanto si se trata de un familiar excluido del círculo de parientes del art. 268 CP, como si, en el marco de la excusa absoluta, se aprecia el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por su avanzada edad, el parentesco debe actuar como circunstancia agravante¹⁰⁷. Las razones alegadas se pueden sintetizar en dos. La primera es la mayor facilidad que proporciona el vínculo parental para cometer el delito y la segunda descansa en que las víctimas de edad avanzada no cuentan con tantas posibilidades de revertir su situación económica como en el caso de las personas más jóvenes¹⁰⁸. A ello se añade que el patrimonio de los parientes de edad avanzada o de personas con discapacidad constituye una tabla de salvación a la que aferrarse ante la futura necesidad de someterse a tratamientos médicos o cuidados asistenciales.

III. ¿Es la respuesta del Derecho penal frente al abuso patrimonial entre parientes igual de benigna en otros países?

El tratamiento penal conferido a los parientes por delitos patrimoniales cometidos entre sí varía considerablemente en los diferentes ordenamientos europeos. A tal efecto, se pueden distinguir dos modelos en el Derecho comparado. Un primer modelo que construye la exención de pena sobre la base de la excusa absoluta, como se regula en Francia, Italia o Bélgica. Un segundo modelo convierte a los delitos patrimoniales cometidos entre determinados parientes en delitos privados o semipúblicos, así sucede en Portugal, Alemania, Austria o Suiza¹⁰⁹. Esta configuración que condiciona la perseguibilidad de esta clase de delitos a la denuncia del ofendido se ha convertido en una reivindicación constante en la doctrina española sin repercusiones legislativas¹¹⁰. Al fin y al cabo, está más vigente que nunca la idea que expresaba Quintano Ripollés de que son los parientes los que deberían ser los únicos legitimados para «excusar el despojo, no el Estado, siempre espléndido con los bienes ajenos»¹¹¹.

¹⁰⁶ Con todo, existen infracciones en las que el vínculo familiar resulta indiferente y, por tanto, no agrava ni atenúa. Con expresa mención a la jurisprudencia, MENDOZA BUERGO, 2023, p. 7.

¹⁰⁷ MUÑOZ CUESTA, 2021, p. 758. Precisamente, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) proponía incluir expresamente en el marco del art. 268 CP la siguiente redacción: «En estos supuestos de delitos patrimoniales contra personas con discapacidad de especial protección, se considerará como circunstancia agravante de la pena». No obstante, el legislador no acogió esta propuesta.

¹⁰⁸ SANTANA VEGA, 2008, p. 355; JAVATO MARTÍN, 2010, p. 92.

¹⁰⁹ Véase GERM / HAJSZAN, 2023, p. 5 [versión digital]

¹¹⁰ PASTOR ALCOY, 1994, p. 7726; ÁLVAREZ VIZCAYA, 2002, p. 27 y ss.; FERRANDIS CIPRIÁN, 2015, p. 2 y ss.; CUERDA RIEZU, 2020, p. 71; CARMONA SALGADO, 2022, p. 544; CASASNUEVA SANZ, 2022, p. 110; MARCHENA PEREA, 2023, p. 14; PASTOR MUÑOZ, 2024, p. 669.

¹¹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, 1977, p. 142.

Con el propósito de calibrar la vigencia del art. 268 CP, pretendo revisar someramente las excepciones, si es que las hay, a la aplicación de la excusa absolutoria de parentesco en países de nuestro entorno.

En Francia se excepciona la aplicación de la excusa absolutoria de parentesco en determinados delitos patrimoniales del (art. 311-21) en atención al objeto material o a las características del propio autor¹¹². La primera excepción se vincula a la afectación «a objetos o documentos esenciales para la vida diaria de la víctima, tales como documentos de identidad, documentos relativos al permiso de residencia de un extranjero o medios de pago o de telecomunicaciones». El Tribunal Supremo francés ha excluido su aplicación cuando el sujeto activo utilice medios de pago como tarjetas bancarias¹¹³. Así, se negó la «inmunidad familiar» al hijo que utilizó la tarjeta bancaria de sus padres para hacer reintegros en beneficio propio. Esta limitación, en la práctica, restringe sumamente el alcance de la excusa absolutoria de parentesco. La segunda excepción se vincula a los especiales deberes de protección que se asignan al autor del delito. Así, tampoco procederá la exoneración de la pena cuando el pariente que haya cometido el delito patrimonial sea el tutor de la víctima, el curador, el agente especial designado en el marco de una salvaguardia legal, la persona autorizada en el marco de un poder familiar o el agente ejecutor de un mandato de protección futura. Se contiene una previsión similar en el Código penal austriaco, al excluirse en los casos en los que los delitos hayan sido cometidos por el tutor o curador designado al efecto (art. 166 CP austriaco). No obstante, en Austria no se exime de pena a determinados parientes por ciertos delitos patrimoniales cometidos entre sí, tan solo se contemplan penas más atenuadas para estos casos y, además, requiere que la parte perjudicada se persone como acusación particular (art. 166 CP austriaco)¹¹⁴.

El Código penal italiano (art. 649¹¹⁵) excluye a los hermanos que no convivan del elenco de parientes a los que alcanza la excusa absoluto-

¹¹² También se excepciona cuando los cónyuges estén legalmente separados o autorizados a residir separados, pero esta excepción es común a la versión española del art. 268 CP.

¹¹³ Cass. crim. 14-6-2023 n° 22-84.591 F-D

¹¹⁴ Sin embargo, sí se prevé la exención de la pena para algunos delitos cometidos en el círculo familiar, como el uso no autorizado de vehículos (art. 136) o el hurto (art. 141). Véase GERM / HAJSZAN, 2023, p. 16 [versión digital].

¹¹⁵ El art. 649 establece que «no será punible quien haya cometido alguno de los actos previstos en este título en perjuicio del cónyuge no separado legalmente; de la parte de una unión civil entre personas del mismo sexo; de un ascendiente o descendiente o de un pariente en línea directa, o del adoptante o adoptado; de un hermano o hermana que conviva con él o ella. Los hechos previstos en el presente título serán punibles, previa denuncia de la persona ofendida, si se cometen en perjuicio del cónyuge separado legalmente o de la parte de una pareja de hecho entre personas del mismo sexo, cuando se haya manifestado la voluntad de disolver la pareja ante el encargado del registro civil y no se haya producido la disolución de la misma, o del hermano o hermana que no conviva

ria¹¹⁶. Si bien lo lleva a efecto con un matiz, ya que solo se perseguirá el delito patrimonial a instancia de la parte ofendida. Nótese que el Tribunal Supremo español, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del 15 de diciembre del 2000, descartó que la aplicación del art. 268 CP exigiese la convivencia entre hermanos para su aplicación¹¹⁷. Otros países como Chile (art. 489) y Argentina (art. 185) también contemplan la necesaria convivencia de los hermanos para que la excusa absolutoria sea susceptible de aplicación. Esta última solución resulta más aconsejable que la postura anacrónica mantenida hasta este momento por el Tribunal Supremo español en torno a la convivencia de los hermanos para apreciar la excusa absolutoria.

El legislador español suele inspirarse con frecuencia en el ordenamiento germano, sin embargo, en el caso del art. 268 CP no existe un correlato en el Código penal alemán, en el que no se exime de pena por tratar como «extraño» a un pariente en el ámbito patrimonial. En Alemania, el privilegio conferido al pariente queda limitado a dejar a la voluntad del ofendido por el delito su perseguibilidad. Así, sucede, por ejemplo, en el ámbito del hurto (art. 247) o de la estafa (art. 263). Este régimen posee una particularidad y es que se conserva esta limitación incluso cuando la víctima del delito sea cualquier persona que conviva, con cierta estabilidad, en el mismo hogar que el autor del delito patrimonial y no exista un vínculo de parentesco¹¹⁸.

En Portugal, se ha optado por convertir a los delitos patrimoniales cometidos entre parientes sin violencia en delitos privados (art. 207 CP portugués). Su persecución penal queda condicionada a la voluntad de la persona ofendida por el delito. Esta posibilidad, sin embargo, no se extiende a todos los delitos patrimoniales como sucede en España. Se excluyen, con sumo acierto, algunas figuras delictivas en las que concurren circunstancias de mayor gravedad. Así sucede en el hurto cualificado (art. 204) o en la estafa agravada (art. 218). Nótese que se aplican estos subtipos agravados cuando, por ejemplo, se produce un aprovechamiento de la debilidad de la víctima (art. 204. 1. d), de la especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, discapacidad o dolencia (art. 218 c) o

con el ofensor, o del tío o sobrino o pariente en segundo grado que conviva con él. Las disposiciones del presente artículo no se aplican a los delitos previstos en los artículos 628, 629 y 630 y a cualquier otro delito contra la propiedad cometido con violencia sobre las personas».

¹¹⁶ Sin embargo, en España, se siguen dando circunstancias difíciles de explicar, como que se condene por un delito leve de amenazas (art. 171. 7 CP) y se absuelva por un delito leve de daños en el caso de dos hermanos, sin convivencia y con malas relaciones personales. De hecho, se acordó la prohibición de comunicarse y aproximarse a la víctima, pero esta tiene que «tolerar» en el ámbito patrimonial los comportamientos de su hermano por el simple parentesco.

¹¹⁷ Muy crítico con este planteamiento, SILVA SÁNCHEZ, 2001.

¹¹⁸ Véase GERM/HAJSZAN, 2023, p. 5.

bien cuando se coloque a la persona en una difícil situación económica (art. 204.1 i) y art. 218º d). El Código penal portugués, por tanto, excluye que la estafa que deje a un familiar en la ruina económica quede exenta de pena por una cuestión de «lazos de sangre».

En Bélgica, por el contrario, se incorporó en 2011 una excepción a la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales que guarda gran similitud con la española. El art. 462 CP belga no resulta aplicable cuando la víctima sea vulnerable por razón de edad, embarazo, enfermedad, dolencia o discapacidad física o mental. Esta formulación casuística recoge expresamente el embarazo y la enfermedad, además de las dolencias, como condicionantes de una situación de vulnerabilidad, por lo que eliminaría, en principio, los problemas planteados en este trabajo en torno a las situaciones transitorias que no encajaban en el concepto de discapacidad del art. 25 CP.

A la vista de lo expuesto, tan solo el ordenamiento belga emplea una cláusula similar a la del art. 268 CP. Se atiende a la situación de la víctima, como efectúa el modelo español desde 2015, para exceptuar la aplicación de la causa personal de exclusión de la pena en los delitos patrimoniales cometidos entre parientes. Con todo, en el Código penal portugués se protege de manera indirecta a los parientes vulnerables en algunos preceptos, al excepcionar las modalidades agravadas del hurto y de la estafa de los delitos privados entre familiares. En la legislación francesa, el acento se ha puesto sobre el autor o el objeto material del delito para exceptuar los privilegios, ya sea atenuatorios o exoneratorios, que se conceden a los parientes en el ámbito patrimonial.

IV. La violencia económica y su conexión con el art. 268 CP

La denominada *violencia económica* contra las mujeres en las relaciones de pareja está siendo objeto de una atención creciente en los últimos años. En España se hizo referencia por primera vez a esta expresión en la jurisprudencia a propósito del delito de impago de pensiones¹¹⁹. La violencia económica, o también abuso económico de género, se ha definido como «un control sobre el acceso de la mujer a los recursos económicos, limitando su capacidad de mantenerse a ella misma y a sus hijos e hijas,

¹¹⁹ Véase la STS núm. 914/2021, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:914), que enfatiza que el delito de impago de pensión alimenticia «puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial».

condicionando su estilo de vida, generando una dependencia hacia el agresor y reduciendo sus posibilidades de escapar del ciclo de abuso»¹²⁰. La causa personal de exclusión de la pena del art. 268 CP perpetúa esta clase de violencia económica, ofreciéndole una cobertura legal¹²¹. Se ha destacado como algunos de los tipos penales ligados a la violencia económica contra las mujeres son el impago de prestaciones económicas, el abandono familiar, el abandono de menores de edad, pero también los daños en infraestructuras, el robo con fuerza en las cosas y el hurto¹²².

La vigencia de la excusa absolutoria produce ciertos dislates político-criminales que difícilmente son comprensibles sin una perentoria reforma. Constituye una gran paradoja que todavía hoy en España queden impunes los daños ocasionados entre cónyuges y, al mismo tiempo, se condene a uno de ellos por amenazas en el marco de la pareja¹²³. Así sucede si las amenazas no están conectadas directamente —aunque en la mayoría de los supuestos aparecen en el propio contexto de la relación— con el delito patrimonial, los tribunales no aprecian violencia o intimidación en la dinámica comisiva. En la jurisprudencia española se pueden encontrar casos de aplicación de la excusa absolutoria incluso a daños de elevado valor cuantificados en más de 80000 euros¹²⁴. El caso más llamativo, por el daño generado y el medio peligroso utilizado, es el del marido que incendió la vivienda de su mujer generando dos focos de fuego, en el sótano y en la primera planta, mientras su mujer se encontraba en la comisaría denunciándole. El acusado quedó exento de pena por el delito de daños (art. 266.2 CP), cuya cuantía ascendía a 25690 euros por los daños causados en bienes muebles y 60441 por los daños en el inmueble siniestrado¹²⁵. Una de las razones que invocó la mujer para evitar la aplicación de la excusa absolutoria fue, precisamente, que afectaba a terceros, los hijos de la víctima, que vivían junto al acusado y su madre en el momento en el que se produjeron los hechos. El tribunal, sin embargo, recuerda que «los afines en primer grado si viviesen juntos»

¹²⁰ Así se define en el *Proyecto europeo ECOVIO Economic violence: opening pathways to guarantee women and children's fundamental rights (2020-2021)* coordinado por la Universidad de Extremadura. Véase el «Estudio de la violencia económica contra las mujeres en sus relaciones de pareja o expareja», Ministerio de Igualdad, p. 3.

¹²¹ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, 2016, p. 9. Este autor propone incluir como excepción las «razones de género».

¹²² Véase el «Estudio de la violencia económica contra las mujeres en sus relaciones de pareja o expareja», Ministerio de Igualdad, p. 6.

¹²³ Así en la SAP Santa Cruz de Tenerife 261/2020, de 24 de julio (ECLI: ES: APTF: 2020: 2360), en la que se condenó a la pareja por un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género (art. 171. 4 CP) y quedó exento de pena por el delito de daños.

¹²⁴ SAP Madrid 1426/2010, de 30 de septiembre (ECLI: APM: 2010: 15996). Un caso similar se puede encontrar en la SAP Guipúzcoa núm. 2103/2005, de 9 de junio, en el que la pareja prende fuego a la vivienda con unos daños acreditados de 54800 euros. Como consecuencia de los hechos, la mujer tuvo que pedir un préstamo y se acreditaron trastornos de tipo ansioso-depresivo tanto a ella como a la hija en común.

¹²⁵ SAP Madrid 1426/2010, de 30 de septiembre (ECLI: APM: 2010: 15996).

también se incluyen en el círculo de sujetos de la excusa absolutoria. Tampoco sirvió la invocación genérica al «abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad». Se insiste en la resolución que «si bien nos encontramos ante unos menores de doce y catorce de años (...) ello no puede conllevar de forma automática a la exclusión de la excusa cuando ninguna mención concreta se ha hecho respecto a los perjuicios que los mismos pudieron sufrir ni en la sentencia de instancia y ni tan siquiera en la referida impugnación del recurso».

La supresión del delito de daños del elenco de delitos amparados por la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 CP) resulta necesario en el marco de las relaciones de pareja para salvaguardar la coherencia legislativa¹²⁶. El mensaje político criminal que se lanza es distorsionador y se retrata por sí solo¹²⁷. La inconveniencia de un catálogo de delitos patrimoniales tan amplio y con medios comisivos tan heterogéneos —la propia fuerza en las cosas no está excluida— ya fue objeto de severas críticas incluso con la regulación precedente al Código penal de 1995¹²⁸. El delito de daños no se caracteriza por el lucro, más bien estaría presente «un sentimiento de venganza, de rencor o de odio»¹²⁹.

La preocupación por el fenómeno de la violencia económica intrafamiliar se ha plasmado en Chile mediante la Ley núm. 21.389, que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, de 18 de noviembre, de 2021. En lo que aquí interesa, la mencionada regulación define la violencia intrafamiliar de carácter económico en los siguientes términos: «constituyen violencia intrafamiliar las conductas ejercidas en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tengan como objeto directo la vulneración de la autonomía económica de la mujer, o la vulneración patrimonial, o de la subsistencia económica de la familia o de los hijos, tal como el incumplimiento reiterado del deber de proveer alimentos, que se lleven a cabo con el propósito de ejercer control sobre ella, o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, generar dependencia o generar un menoscabo de dicho patrimonio o el de sus hijos e hijas». Se incorpora, de este modo, una decidida apuesta para castigar conductas de violencia económica en el marco familiar. Así, al ya existente delito

¹²⁶ En la SAP Barcelona 350/2021, de 27 de mayo (ECLI: ES: APB: 2021: 9014) se aplica la excusa absolutoria a la pareja que rompe la puerta de entrada de la vivienda, excediendo de 400 euros el delito de daños. Con todo, JOSHI JUBERT, 2024, p. 1191, plantea que podría negarse su aplicación, al emplearse la violencia como medio comisivo. Si bien reconoce que se trata de una interpretación analógica contra reo, ya que equipara la violencia e intimidación respecto de las personas a la violencia contra las cosas.

¹²⁷ Como afirma, con razón, CUERDA RIEZU «qué duda cabe de que también puede ser violencia de género aquella que se materializa en lo económico», 2020, p. 61. Ello explica que, por ejemplo, en el Código penal chileno se suprimiera en 2010 el delito de daños de la excusa absolutoria de parentesco cuando fuera perpetrado por los cónyuges entre sí.

¹²⁸ También se propuso la eliminación de conductas engañosas del catálogo de delitos «exentos», como la propia estafa. Véase BAJO FERNÁNDEZ, 1972, p. 158.

¹²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, 1972, nota 123.

de maltrato habitual en el ámbito familiar, se añade el abuso económico intrafamiliar como una conducta punible, por lo que la doctrina lo ha calificado como un delito de maltrato habitual patrimonial¹³⁰. En España, el delito de maltrato habitual se encuentra entre los delitos contra la integridad moral (art. 173.2 CP) y no castiga los abusos económicos, se circunscribe a la «violencia física o psíquica». El delito de maltrato habitual en Chile queda tipificado en los siguientes términos:

«El ejercicio habitual de violencia física, psíquica o económica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5 de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a este. Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria».

La doctrina chilena ha puesto de manifiesto las fricciones de esta nueva figura delictiva con la excusa absolutoria de parentesco que se recoge en el art. 439 del CP chileno. Se ha planteado qué sucede si concurren los elementos del delito de maltrato habitual patrimonial y se consume uno de los delitos patrimoniales que permiten aplicar la excusa absolutoria de parentesco. Pensemos en un caso de violencia económica reiterada, de control financiero sobre la mujer que deriva, además, en una estafa o en un hurto. En estos supuestos, se ha afirmado que la causa de exclusión de la pena no puede operar sobre el delito de maltrato habitual, pero sí sobre el concreto delito patrimonial¹³¹. Se da, de nuevo, la contradicción político criminal denunciada¹³². Nos enfrentamos a dos caminos que discurren paralelos. Por un lado, se trata de proteger a la mujer frente a la violencia económica en el contexto familiar y, por otro, se mantiene inmaculada la excusa absolutoria de parentesco en el ámbito patrimonial. Ello explica que, por ejemplo, en Argentina se haya propuesto añadir —aunque sin éxito— como excepción a la excusa absolutoria de parentesco que no sea «aplicable si los hechos hubieran sido cometidos en un contexto de violencia de género»¹³³. En Argentina incluso se declaró inconstitucional la excusa absolutoria de parentesco para un caso concreto, en tanto que vulneraba «en forma expresa las obligaciones asumidas

¹³⁰ CASTILLO, 2023, p. 797.

¹³¹ CASTILLO, 2023, p. 800.

¹³² Se ha destacado en Brasil, aunque la jurisprudencia no lo avala, que la aplicación de esta excusa absolutoria en los delitos patrimoniales cometidos en el ámbito familiar vulnera precisamente la propia Ley que pretende proteger a las mujeres frente a la violencia económica. Véase SANTOS FIGUEIRA, 2021, p. 320.

¹³³ TONTUL, 2022, p. 10. En 2023, también se volvió a presentar sin éxito otro Proyecto de ley (tras otros dos fallidos) que pretendía directamente la derogación del art. 185 CP.

por el Estado argentino al momento de ratificar la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer»¹³⁴.

Asentado lo anterior, la jurisprudencia española continúa recurriendo a máximas medievales que se basan en «no criminalizar actos efectuados en grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre». La razón de la impunidad no es otra que evitar «una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la reconciliación familiar» (STS 637/2018, de 12 de diciembre: ECLI: TS: 2018: 4215). O, recientemente, se ha incidido en esta dirección resaltando que «la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando de ese modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular aflicción que pueda agravarlo (STS 885/2023, de 29 de noviembre: ECLI: ES: TS: 2023: 5271).

Frente a esta razón simplista que se reitera en cada resolución judicial como muestra de una herencia histórica, no cabe más que alegar otra que, desde luego, refleja el desatinado criterio: ¿No es estéril tratar de preservar una unidad familiar que no existe? La víctima estaría, desde luego, solicitando al Estado su intervención en un conflicto que ha dejado de ser intrafamiliar y que es incapaz de gestionar internamente¹³⁵. No hay otra explicación si es la propia víctima la que pone en marcha la maquinaria judicial. La contradicción entre el fundamento material alegado y su aplicación a los casos en los que el vínculo familiar está completamente desquebrajado se ha acrecentado¹³⁶. Así sucede cuando el Tribunal Supremo, apegado al tenor literal del art. 268 CP, exige que al momento de cometer el hecho delictivo perdure la relación de parentesco¹³⁷. Lo decisivo es si al tiempo de la comisión, en palabras del Alto

¹³⁴ En Argentina existe un sistema de control jurisdiccional difuso, esto es, cualquier tribunal inferior puede declarar la inconstitucionalidad de una norma para el caso particular. Ello no supone una derogación de la norma, pero sí su inaplicación al caso. Al respecto, véase QUINCOSE, 2019, p. 13.

¹³⁵ Como destaca ÍÑIGO CORROZA «una familia incapaz de procesar el conflicto es una familia donde no puede aplicarse la excusa absolutoria», 2011, p. 22. Con todo, esta autora considera que convertir en un delito privado este supuesto «no sería la solución», «ya que se pueden dar numerosos problemas prácticos», como que «algún miembro de la familia quiera denunciar y otros no».

¹³⁶ Si se trata de evitar los efectos distorsionadores que generaría la pena en el marco familiar, PASTOR MUÑOZ se pregunta si no debería decaer la aplicación del art. 268 CP cuando, tras la comisión del delito, ha desaparecido la relación de parentesco. Así, enfatiza que la «exigencia de simultaneidad puede tener pleno sentido, pero no es la consecuencia lógica del fundamento político-criminal del art. 268 CP defendido por la jurisprudencia», 2024, p. 665.

¹³⁷ Así lo afirmó el Tribunal Supremo para resolver la apreciación de la excusa absolutoria de parentesco en un delito de apropiación indebida sobre una herencia yacente. La resolución aborda el caso de dos hermanos, uno de ellos fallece e inmediatamente, aprovechando tal situación, el otro realiza diferentes reintegros de la cuenta bancaria. El

Tribunal, existe esa «relación parental o afectiva normativamente significativa entre la persona que sufre el daño patrimonial y quien lo irroga mediante una conducta típica»¹³⁸. Sin embargo, si como consecuencia (o con ocasión) del delito patrimonial el vínculo se fractura, por una separación o divorcio, no tiene sentido mantener esta excusa absolutoria (o, desde luego, no conforme al fundamento material esgrimido¹³⁹) y menos todavía cuando concurre una condena por otro delito en el que ha mediado la violencia o la intimidación como elementos típicos. Por esta razón, si se quiere seguir manteniendo la excusa absolutoria urge una reforma que incluya una nueva excepción que evite situaciones tan absurdas de impunidad como el supuesto de hecho con el que arrancamos este trabajo. Se trataría de excepcionar las infracciones patrimoniales cometidas en el marco de las relaciones de pareja o expareja o, yendo más allá, exigir (¡Qué menos!) que exista una relación de afectividad y convivencia en otras relaciones de parentesco. Este último sería el caso de los hermanos. Solo así el fundamento político-criminal se conservaría.

V. Reflexiones finales

El análisis jurisprudencial ha evidenciado que la excepción incorporada en 2015 en el art. 268 CP, basada en el abuso de la vulnerabilidad por razón de edad o discapacidad, resulta claramente insuficiente para otorgar protección a casos de expolio patrimonial frente a parientes en otros contextos igualmente vulnerables. La referencia a la discapacidad en el art. 268 CP como factor de vulnerabilidad comporta una remisión a la interpretación auténtica presente en el art. 25 CP. La nota de permanencia en la discapacidad requerida por el art. 25 CP excluye a víctimas de delitos patrimoniales con enfermedades temporales, convalecientes o en situaciones de precariedad económica. La redacción actual, sin embargo, permitiría excepcionar la excusa absolutoria en casos de personas mayores con enfermedades transitorias, pero impide extenderla a víctimas más jóvenes con enfermedades temporales. La desvinculación del concepto jurídico-penal de discapacidad (art. 25 CP) en la excusa absolutoria de parentesco vulnera el principio de legalidad y neutraliza la finalidad de las disposiciones generales del Código Penal. La postura del Tribunal Supremo que incluye supuestos de discapacidad «no permanente» en el art. 268 CP patentiza que el concepto de discapacidad en el art. 25 CP debería revisarse.

hijo único del hermano fallecido, sin que conste que haya aceptado la herencia, interpone una querrela por estos hechos.

¹³⁸ STS 885/2023, de 29 de noviembre (ECLI: ES: TS: 2023: 5271).

¹³⁹ PASTOR MUÑOZ, 2024, p. 665.

La referencia a la edad como causa de vulnerabilidad debe interpretarse evitando el automatismo cronológico, pero sin vaciar de contenido esta previsión. La jurisprudencia ha asociado la vulnerabilidad por edad con deterioros cognitivos o físicos que podrían incluirse dentro del concepto de discapacidad. Lo cierto es que, con carácter general, la avanzada edad llevará consigo algunos problemas psicofísicos, pero no se puede descartar la presencia de otras circunstancias que, acumuladas a la edad, convierten a una persona en vulnerable. Por ello, considero que la vulnerabilidad por razón de edad en el art. 268 CP también comprende otros supuestos en los que a la edad se suman determinados factores sociales o económicos que contribuyen a mermar la capacidad defensiva de la persona de edad avanzada. Estas circunstancias son, sin ánimo exhaustivo, el aislamiento, la falta de relaciones, la viudedad, la escasa formación o la dependencia emocional. Estos factores conformarían un conglomerado de *vulnerabilidad social* o *desamparo económico* siempre que debiliten los mecanismos de autotutela defensiva de la víctima. Esta interpretación sería, además, coherente con la efectuada por la jurisprudencia en algunos delitos patrimoniales, como sucede en la modalidad agravada del delito de hurto basada en las circunstancias personales o el desamparo de la víctima (art. 235.1.6° CP).

El otro gran problema en relación con el factor de la edad que ha suscitado dudas interpretativas es el caso de los menores de edad. La jurisprudencia no es unánime al respecto y se ha esbozado, de nuevo, un concepto restrictivo de vulnerabilidad en el caso de los menores de edad que, en algunos casos, viene a exigir que no dispongan de terceros garantes de su patrimonio. Se trataría de un concepto especialmente exigente que requiere del absoluto desamparo del menor. Los peligros de esta concepción restrictiva, a mi juicio, son dos. Por un lado, se podría estar ofreciendo soporte a casos de violencia económica en el marco familiar y, por otro, se abocaría, en la mayoría de los supuestos, a una cifra negra de victimización. En cualquier caso, se ha tratado de constatar que no existe una vulnerabilidad innata en todos los menores de edad. El análisis de la vulnerabilidad del menor quedará condicionado a la particular figura delictiva (si se trata un delito que requiere el conocimiento de las facultades de disposición o de apoderamiento) y a la franja de edad (la proximidad a la edad de 16 años y a las circunstancias sociales que la circundan). Por esta razón, difícilmente se podrán realizar consideraciones generales y, por tanto, eludir el examen *ad casum* de las circunstancias personales y situacionales del menor.

Conviene resaltar que la interpretación de los tribunales del «abuso de la vulnerabilidad de la víctima», con carácter general, en el art. 268 CP es especialmente restrictiva. Se ha limitado la excepción a casos de *vulnerabilidad extrema*, de absoluta indefensión, que vienen a exigir en algunos casos incluso «la demencia». Esta interpretación no se acomoda terminológicamente con la propia expresión empleada en el precepto, emparentada con la agravante genérica de abuso de superioridad y, en

suma, que permitiría interpretar que basta con una disminución notable de las posibilidades de defensa para que opere la excepción a la excusa absolutoria. Un escalón intermedio de vulnerabilidad, en mi opinión, sería suficiente para considerar inaplicable una excusa absolutoria tan generosa y desconectada de la realidad familiar.

Asimismo, se ha pretendido poner de manifiesto la contradicción político-criminal que comporta dejar sin castigo comportamientos especialmente graves desde el punto de vista patrimonial cuando incluso se ha afectado previamente a la propia integridad o libertad de la víctima. Por esta razón, se propone que, si se mantiene el art. 268 CP, se excluyan de su aplicación los casos en los que el autor haya atentado contra bienes personalísimos de la víctima. En esta línea, considero pertinente excluir, o al menos condicionar a la denuncia de la víctima, la perseguibilidad de estos delitos patrimoniales con carácter general. De lo contrario, la causa personal de exclusión de la pena del art. 268 CP podría ofrecer una cobertura legal a auténticos casos de violencia económica en el ámbito familiar. En definitiva, con las propuestas e interpretaciones expresadas, se pretende que la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales se aplique hoy con cierta contención a través de la excepción incorporada y no con la descontextualizada holgura de antaño.

VI. Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2023). «¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, 1-13.
- ALVÁREZ GARCÍA, F.J. (2016). «Prólogo», en *El principio de igualdad desde un enfoque pluridisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 5-11.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1972). *El parentesco en Derecho penal*, Tesis doctoral, UAM.
- BLANCO CORDERO, I. (2020). «Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal», en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020, pp. 507-545.
- (2023). «La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 121-160.

- BLUM, B. / GÓMEZ-DURÁN, E. / RICHARDS, D. (2013). «Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad», *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 39, pp. 63-69.
- BONSIGNORE FOUQUET, D. (2023). «Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, pp. 19-64.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2022). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)», en *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, pp. 357- 366.
- CARMONA SALGADO, C., (2020). «La excusa absolutoria del art. 268 CP: una figura jurídica a caballo entre el ordenamiento penal y el civil», en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Reus, pp. 537-555.
- CASANUEVA SANZ, I. (2022). «La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente», en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, pp. 79-114.
- CASTRO CORREDOIRA, M. / GUINARTE CABADA, G. (2015). «Excusa absolutoria de parentesco del artículo 269 CP», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, pp. 837-842.
- CASTILLO, A., (2023). «Aproximación al contenido y límites de la violencia patrimonial en el contexto intrafamiliar», *Política Criminal*, núm. 36, pp. 780-807.
- CUERDA RIEZU, A. R. (2020). «Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 59-72.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2022). «La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», *Revista penal*, núm. 50, pp. 64-90.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2019). «La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho penal», en *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, pp. 95-116.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2024). «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, pp. 1-46.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (2024). «¿De minimis non curat praetor? La aplicación del principio de intervención mínima en la jurisprudencia ante supuestos de menor entidad, *Indret*, núm. 1, 2024, pp. 349-387.

- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (2023). «Vulnerabilidad y Derecho penal internacional», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables*, Tirant lo Blanch, pp. 65-90.
- FERRANDIS CIPRIÁN, D. (2016). «Alcance de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, pp. 1-6.
- GALLEGOS SOLER, J.I. (2015). «Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Art. 268», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y lo 2/2015*, Tirant lo Blanch, pp. 1208-1216.
- (2024). «Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Art. 268», *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Tirant lo Blanch, pp. 1208-1216.
- GARCÍA DAVID, A.J. (2020). «La excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal: problemática principal y necesidad de enjuiciamiento», *La Ley Penal*, núm. 146, pp.1-22.
- GARCÍA PÉREZ, O. (1997). *La punibilidad en Derecho Penal*, Aranzadi.
- GARROCHO SALCEDO, A.M. (2024). «El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.a del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 26, pp. 1-28.
- GERM, J., / HAJSZAN, J. (2023). «§ 166 StGB», en *Salzburger Kommentar zum StGB*, Hinterhofer, pp. 1-28 (versión digital).
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (2023). «El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 CP)», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, pp. 221-244.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D. (2022). «La patria potestad», en *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, pp. 63-85.
- ÍÑIGO CORROZA, E. (2021). «Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia», *InDret*, núm. 4, 2011, pp. 1-27.
- JAVATO MARTÍN, A. M. (2010). «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal», en *Violencia, aviso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, pp. 39-66.
- (2021). «Protección penal de las personas mayores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, pp. 323-348.
- MANTHORPE, J. (2005). «El abuso económico: un tipo característico de maltrato», en *Violencia contra las personas mayores*, Ariel, pp. 30-44.

- MARCHENA PEREA, M. (2023). «La necesaria reformulación de la exención de responsabilidad penal en las empresas familiares», *La Ley Mercantil*, núm. 105, pp. 1-17.
- MAGRO SERVET, V. (2018). «La punibilidad entre parientes: ¿En qué supuestos se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 CP?», *Diario La Ley*, núm. 9296, pp. 1-12.
- MARÍN, C. (2009). «Peligros económicos para las personas con discapacidad e indicadores de abuso», en *II Congreso Iberoamericano sobre el síndrome de down*. Disponible: <http://www.centrodocumentacion-down.com/uploads/documentos/4f5f4bd7da90cd1f284f7357cd79d0fd91497648.pdf> (Último acceso: 10/07/2024).
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2015). «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, pp. 446-453.
- MOYA GUILLEM, C. (2020). «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24, 2020, pp. 13-58.
- MOYA GUILLEM, C. / SANDOVAL, J.C. (2023). «La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa», en *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, pp. 263-308.
- MOYA GUILLEM, C. (2023). «La protección penal de las víctimas vulnerables: Pautas interpretativas y propuestas de mejoras», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, pp. 283-318.
- (2023). «La confusa respuesta penal frente a los ataques contra personas enfermas o con discapacidad», en *Víctimas y especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, pp. 135-184.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2021). «Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: Delitos contra la integridad moral. Abandono», en *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, La Ley, pp. 753-784.
- ORTEGA MATESANZ, A. (2020). «El Derecho penal y la persona con discapacidad», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, La Ley, pp. 507-545.
- PASTOR ALCOY, F. (1994). «La excusa absolutoria de parentesco. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 564 del Código Penal. Innovaciones del Anteproyecto. Reflexiones críticas y formularios», *Revista General de Derecho*, núm. 598-599, pp. 7681-7738.

- PASTOR MUÑOZ, N. (2024). «¿Apropiación indebida de la herencia yacente? Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre», *InDret*, núm. 2, pp. 663-670.
- PEREDA BELTRÁN, N. /TAMARIT SUMALLA, J.M. (2013), *Victimología teórica y aplicada*, Huygens.
- PETERSON, J. /BURNES, D. / CACCAMISE, P., et al. (2014). «Financial Exploitation of Older Adults: A Population-Based Prevalence Study. *Journal of General Internal Medicine*, pp. 1615–1623.
- POORNIMA WASDANI, K., LOKANAN, M. (2023). «Financial Exploitation in Canada: A Predictive Model using ML and AI», 23 March 2023, PREPRINT (Version 1), Research Square [<https://doi.org/10.21203/rs.3.rs-2709173/v1>].
- QUINCOSE VILALTA, A. M. (2019). «Delitos patrimoniales y excusa absolutoria: un análisis a la luz de los nuevos paradigmas de protección de colectivos vulnerables», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, pp. 1-14.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1977). *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2022). «La capacidad del menor», en *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, pp. 31-62.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (2023), «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables*, pp. 161-204.
- SANDOVAL, J.C. (2023). «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿Más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 91-120.
- SANTANA VEGA, D. (2008). «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores», en *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, Reus, pp. 343-371.
- SANTOS FIGUEIRA, M. A. (2021). «A violência patrimonial contra a mulher e a atuação da polícia judiciária», *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 17, núm. 2, p. 306–333.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (2021). «Impago de prestaciones económicas familiares, insolvencia punible y excusa de parentesco», *RECPC*, 2021, pp. 1-25.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2001). «Hermanos, pero no primos. Los delitos patrimoniales y al alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal: Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo», *La ley penal*, núm. 4, pp. 1549-1553.

- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015). «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?», en *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, pp. 71-76.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2023). «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables*, Tirant lo Blanch, pp. 205-2020.
- TONTUL, D.O. (2022). «El art. 185 del Código Penal argentino. Un reducto del patriarcado», *Revista Pensamiento Penal*, núm. 440, pp. 1-11.

RESOLUCIÓN DEBIDA, RESOLUCIÓN INJUSTA Y RESOLUCIÓN INEXISTENTE

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Title: *Due resolution, unfair resolution and non-existent resolution*

Resumen: Se analizan los tres tipos de prevaricación en lo que se refiere a las resoluciones que se dictan o que no se dictan, para compararlas con la resolución debida que da satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva. Esa resolución debida, en un caso, se sustituye por una resolución que puede calificarse de «injusta»; en otro caso, se elude provocando un retardo en el dictado de dicha resolución; y, en el tercer supuesto, se elude sin causa que lo pueda justificar. Se hace especial consideración a las resoluciones que deben considerarse atípicas. Se estudia si pueden identificarse objetos de protección penal más concretos dentro del bien jurídico común.

Palabras clave: prevaricación, retardo malicioso, negativa a juzgar, resolución debida, tutela judicial efectiva, deber de ejercer la jurisdicción.

Abstract: *The article analyses three types of prevarication regarding to the issued or not issued resolution to compare them with the due decision that satisfies the right to effective judicial protection. In first case, the due resolution is replaced by another described as «unfair»; in the second case, the decision is avoided and it causes a delay; in the last case, the adoption of the decision is avoided without justification. Special consideration is given to resolutions that should be considered noncriminal. The work also studies whether more specific objects of criminal protection can be identified within the common legal interest.*

Keywords: *Prevarication, malicious judicial delay, refusal to judge, due resolution, effective judicial protection, duty to exercise jurisdiction.*

Sumario: 1. La resolución debida y el derecho a la tutela judicial efectiva. - 2. La resolución injusta. - 2.1. Resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ, acuerdos del art. 244 LOPJ,

voto particular del art. 260 LOPJ y acuerdos de pleno jurisdiccional del art. 264 LOPJ. - 2.2. Resolución injusta. - 2.2.1. Delimitación. - 2.2.2. Los escenarios de la resolución injusta: interpretación, hechos probados y normas procesales. - 2.3. Independencia, interpretación y valor de la Jurisprudencia. - 2.3.1. Independencia, sumisión a la Ley y libertad de interpretar. - 2.3.2. El valor complementario de la Jurisprudencia. - 2.4. Casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. Sentencias del Tribunal Constitucional. - 2.5. Resoluciones atípicas. - 3. La negativa injustificada a juzgar: el deber de resolver siempre y en todo caso. - 4. Retardo malicioso. Retardo y dilaciones indebidas. - 5. Conclusiones.

1. La resolución debida y el derecho a la tutela judicial efectiva

Dentro de los «Delitos contra la Administración de Justicia», el Capítulo Primero —«De la prevaricación»— engloba tres figuras delictivas en los arts. 446 a 449; a la primera de esas figuras se suele aludir como «prevaricación propia» —arts. 446 y 477—, señalándose como «prevaricaciones impropias», la negativa a juzgar del art. 478 y el retardo malicioso del art. 479. El entendimiento de estas figuras requiere ver de qué manera afectan a la Administración de Justicia; si todas tienen un mismo bien jurídico concreto, dentro del general de Administración de Justicia, o si, por lo contrario, podemos identificar distintos intereses a proteger; finalmente, se debe analizar qué tienen en común y qué las diferencia. Este análisis se hará desde la perspectiva de la resolución que se dicta o la que se elude, partiendo de la necesidad de una resolución que satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva, a la que nos referiremos como resolución debida. Ese derecho nos permite hacer un análisis comparativo entre la resolución que debe darse para satisfacer las pretensiones y otras resoluciones —reales u omitidas— que integran las distintas tipicidades de prevaricación.

Lo anterior no excluye de la prevaricación otras decisiones no pedidas por ninguna parte y que el juez puede o debe adoptar en la tramitación, ordenándola e impulsándola. De ahí que la referencia a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE sea imprescindible en el análisis de las conductas prevaricadoras, pero sin restringir a una concreta faceta de la tutela efectiva —responder a lo solicitado—, sino considerando todo el ámbito cubierto por el art. 24.1 CE, tal como se analiza más adelante. En este sentido se ha afirmado que «El derecho a acceder a la Justicia y a obtener una resolución pertenece claramente al ámbito de protección de la prevaricación judicial, desde el momento en que el art. 375 del CP (la referencia es al CP de 1973) incrimina al juez que se negare a juzgar... en relación con el contenido del ejercicio de la potestad jurisdiccional... bien jurídico en los delitos que nos ocupan»¹. Señalándose como bien

¹ M. GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 87-88.

jurídico el ejercicio de la potestad jurisdiccional (cuando el sujeto activo es el juez; no así cuando el art. 448 admite otros sujetos), sin embargo, la idea de la resolución que satisface el derecho a la tutela efectiva nos sirve para completar el bien jurídico y como término de comparación para analizar las resoluciones injustas o las inexistentes por retardo malicioso o por negativa a actuar. La tutela judicial efectiva en el marco del deber de ejercer la potestad jurisdiccional es el bien jurídico de las tres figuras delictivas analizadas.

En una primera aproximación, puede señalarse que en la prevaricación propia hay una resolución que contiene la injusticia, mientras que en el retardo y en la negativa, falta la resolución debida, por más que puedan identificarse otras resoluciones que generen el retardo o que pretendan explicar la falta de la resolución exigible.

La Jurisprudencia indica que, tratándose de conductas del juez, hay tres modelos de tipificación en esta materia —la resolución injusta, la negativa a juzgar y el retardo malicioso— que tiene en común que «tuercen el Derecho» o, de forma más correcta, «el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho» (STS 102/2009, 3 de febrero²), no consistiendo el delito en la lesión de un bien jurídico individual, sino en la «postergación de la validez del derecho y, por tanto, en la vulneración del Estado de Derecho» (STS 15 de Octubre de 1999).

Debe repararse en las distintas penas que tiene cada una de las figuras: más graves en la prevaricación propia (prisión de hasta 4 años, multa e inhabilitación absoluta o especial de hasta 20 años, según los distintos supuestos contemplados), que las prevaricaciones impropias (inhabilitación especial de hasta 6 años). La mayor gravedad de las penas de la prevaricación propia podría obedecer a que nos encontramos con una resolución cuyo contenido material encierra la injusticia y, con ello, el

² Se refiere esta resolución a un supuesto en el que se condenó por prevaricación y por cohecho, haciéndose afirmaciones como las siguientes: «La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, más que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia...En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema». Del texto parece deducirse una cierta confusión entre los límites o coincidencias entre la prevaricación y el cohecho, pues pasa de afirmarse su vinculación a proclamarse su independencia. Por lo que a la prevaricación se refiere, nos quedamos con la afirmación de que lo relevante en la prevaricación es «el abuso de la función judicial», que se opone a «la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir la vigencia efectiva de las leyes».

carácter de delictiva, mientras que en la negativa y en el retardo falta la resolución y, por ello, falta un concreto contenido, de manera que lo que confiere carácter delictivo al comportamiento no es un contenido material, sino el incumplimiento de unos pasos procesales que son debidos. Que es el contenido material de la resolución prevaricadora en un determinado contexto lo más relevante en el caso del art. 446, explica, además, las diferentes penas de dicho precepto: las más graves por resoluciones dictadas en la jurisdicción penal contra reo y, dentro de estas, distinguiendo si se trata de sentencias ejecutadas o no y atendiendo a que sean causas por delito grave o menos grave —el supuesto más grave—, o causas por delito leve —el supuesto menos grave—. Cambia el marco penal tratándose de resoluciones penales que no sean sentencias contra reo o de resoluciones y sentencias de cualquier otra jurisdicción —casos de gravedad intermedia—. Parece evidente que las diferentes penas de la prevaricación propia dependen de los diferentes contenidos materiales de la resolución injusta y de la jurisdicción en la que se actúe en cada caso; así, es más grave una resolución prevaricadora dictada en el proceso penal por delito grave perjudicando al reo, que la dictada en otra jurisdicción o implicando delitos leves.

A lo anterior se añade que solo la prevaricación propia contempla el castigo de la imprudencia o de la «ignorancia inexcusable».

Por otro lado, y en lo que a los sujetos activos se refiere, solo el juez o magistrado pueden ser autores de los delitos de prevaricación y negativa, mientras que, en el caso del retardo, se contempla la actuación del secretario, junto con los anteriores, y de otros funcionarios distintos.

A continuación, nos referimos a las conductas en los tres tipos penales, analizándolas desde la idea de la resolución debida, la que debe producirse y no se produce, ya sea porque se dicta otra resolución distinta a la debida que puede tildarse de «injusta»; ya sea porque se retrasa el curso de la resolución debida; ya sea porque hay una negativa injustificada a dictar la resolución debida.

Conviene anticipar que cuando hablamos de la resolución debida en la prevaricación propia, no queremos decir que solo exista una resolución debida con un único contenido válido que convierta cualquier otro contenido en prevaricador. Afirmar lo anterior supondría desconocer que, en virtud de la interpretación, pueden alcanzarse distintos contenidos, todos ellos válidos —por más que uno pueda ser preferible—, contra los que la condena por prevaricación no es la respuesta. La prevaricación no tiene por finalidad depurar la interpretación y sus resultados; tampoco es un castigo contra el juez «disidente» que no acata la interpretación establecida, proponiendo otra. Más adelante nos referiremos a esta cuestión.

La resolución debida que se propone en este análisis de las conductas de los delitos de prevaricación nos permite ver lo que tienen en común

los tres tipos: no hay resolución debida, porque se ha sustituido por otra con contenido «injusto» o porque no se dicta esa resolución debida.

Todo lo anterior nos sitúa en un doble escenario: por un lado, el de la aplicación de la ley por parte del juez, lo que nos lleva a plantearnos la cuestión de la interpretación y la independencia judicial y, por otro lado, el de algunos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva que pueden encontrar protección penal en los tipos de prevaricación; en este sentido, podemos afirmar que la sola falta de motivación de la resolución no lleva al injusto de prevaricación si la resolución, aún inmotivada, no es injusta. Por el contrario, una motivación —o intento de motivación— que pretenda amparar un resultado interpretativo aberrante o un retardo indebido o fundar la negativa a resolver, no puede impedir la calificación de prevaricación si la resolución es injusta, si se retrasa maliciosamente o si se elude su dictado so pretexto de que la ley es insuficiente.

Se adelanta aquí que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el único escenario del delito de retardo, ni su bien jurídico. Con todo, para dibujar el contenido material del retardo, deberemos referirnos al derecho a obtener una resolución en un tiempo razonable. Debe tenerse en cuenta que el art. 24. 1 y 2 CE trata de forma separada, por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva en todo ámbito jurisdiccional y, por otro, distintos derechos que configuran las garantías del proceso penal, por más que su ámbito se haya extendido en la práctica a todas las jurisdicciones. Se puede así distinguir entre el derecho a la jurisdicción —art. 24.1— y el derecho al proceso con todas las garantías —art. 24.2— (STC 13/1981, 22 de abril), incluyéndose en este último el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No deben confundirse ambos derechos; tutela efectiva y plazo razonable son derechos autónomos, por más que se puedan detectar vinculaciones; pero esas vinculaciones no permiten disolver el derecho a no sufrir dilaciones ilegítimas dentro del derecho a obtener una resolución fundada en derecho. En este punto, se hará referencia a la autonomía del derecho a una tramitación sin dilaciones indebidas y a la inconveniencia de entender que tal derecho es el bien jurídico del retardo malicioso.

Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se identifican distintas facetas: el derecho de acceso a la jurisdicción; el derecho a obtener una resolución motivada que dé respuesta a las pretensiones; el derecho a la ejecución de esa resolución; y el derecho a servirse de los recursos establecidos contra la resolución³. La segunda de las facetas señaladas

³ Sobre el contenido de la tutela judicial efectiva, ver J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008; G. RUIZ-RICO RUIZ y M.J. CARAZO LIÉBANA, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; E. SALAH PALACIOS, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libros, 2015.

resulta de especial relevancia para construir el injusto en los tres tipos de prevaricación. Es esta faceta de resolución motivada que dé respuesta a las pretensiones a la que nos estamos refiriendo como resolución debida. La resolución será debida, se estime o no la pretensión planteada, si está motivada y fundada en Derecho. En este sentido, la STC 134/2008, de 23 de octubre, considera que «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada...y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia... no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en las que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución». Interesa resaltar que los defectos que señala el TC para entender vulnerado el derecho del art. 24.1 no generan en todo caso y automáticamente responsabilidad penal por prevaricación, sino la posibilidad de recurrir en amparo la resolución. Dicho de otra forma, no todos los casos de incumplimiento de la resolución debida, en lo que se refiere a su contenido, serán prevaricación, pero cuando se pueda afirmar la prevaricación estaremos, además, ante una falta de resolución debida. La resolución injusta o la resolución inexistente que dan vida a los tipos de prevaricación se oponen a la resolución debida, por más que haya otros casos de vulneración del derecho que no puedan incardinarse en los delitos de prevaricación; concretamente, tal como se ha apuntado ya, una resolución inmotivada, pero admisible por ser ajustada a Derecho, podrá ser cuestionada en vía de amparo por la falta de motivación, pero no podrá dar lugar al castigo por prevaricación por faltar la injusticia típica. En este punto, puede anticiparse que no es posible identificar la injusticia de una resolución con la recurribilidad de la misma; a esta cuestión nos referimos detalladamente más adelante.

Una última aclaración se refiere a la faceta de la tutela judicial efectiva que se identifica como derecho a una resolución motivada en Derecho y a su relación con las otras facetas —acceso, ejecución y recursos— identificadas en el art. 24.1 CE. Así, si pensamos en el derecho a la ejecución de la resolución, parece evidente que, también en este concreto escenario podremos hablar de resoluciones debidas y, por ello, pueden aparecer conductas prevaricadoras en cualquiera de las tres modalidades que castiga el CP; piénsese en una resolución que, en vía de ejecución, de-

cida desatender la resolución previa⁴ que debe ser ejecutada o que dilate la ejecución en base a razones absurdas e inatendibles o la condicione a requisitos no contemplados en la ley. Lo mismo puede decirse respecto de la faceta de la tutela efectiva que se refiere al acceso a la jurisdicción; también en este escenario se puede dar vida a una resolución prevaricadora que sustituya a la debida, por ejemplo, condicionando la admisión a trámite de una demanda a la satisfacción de una fianza no contemplada en el procedimiento legal. En este contexto también puede existir una resolución injusta que se opondría a la resolución debida de admisión a trámite. Igual razonamiento debe hacerse ante una resolución que pretenda impedir el acceso a los recursos legalmente establecidos, por ejemplo, negando la existencia del recurso. En definitiva, cuando aquí oponemos la resolución debida a la prevaricadora no estamos restringiendo el ámbito de aplicación de los tipos de prevaricación a una sola faceta de las cuatro arriba identificadas dentro de la tutela judicial efectiva, sino que estamos caracterizando la resolución debida que satisface la tutela judicial efectiva, con independencia del momento procesal en el que se esté —acceso a la jurisdicción, resolución, ejecución o recursos—.

⁴ El derecho a la ejecución, considerado desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, presupone la invariabilidad de la resolución judicial firme que debe ejecutarse. En este sentido, la STC 32/1982, de 7 de junio, afirma que la inejecución es una vulneración del art. 24.1 CE («El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia... ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones»). Debe tenerse en cuenta que el art. 117.3 CE vincula el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no solo al hecho de juzgar, sino también a hacer ejecutar lo juzgado. El derecho a la ejecución es un derecho de configuración legal para cuyo ejercicio la ley puede imponer requisitos y límites, siempre que sean razonables, proporcionados y legítimos (STC 158/1987, de 20 de octubre). Para la STC 1/1997, de 13 de enero, «la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la Sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), sin que, por lo mismo, puedan ser introducidas en el procedimiento de ejecución, para alterar el contenido de la parte dispositiva de la Sentencia, cuestiones no abordadas en ella ni decididas en el fallo que se trate de ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad».

2. La resolución injusta

2.1. *Resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ, acuerdos del art. 244 LOPJ, voto particular del art. 260 LOPJ y acuerdos de pleno jurisdiccional del art. 264 LOPJ*

El CP se refiere a la prevaricación judicial dolosa en el art. 446 como el dictado, «a sabiendas», de una «sentencia o resolución injusta». En el tipo imprudente del art. 447, la sentencia o resolución debe ser «manifiestamente injusta» y haberse dictado por «imprudencia grave o ignorancia inexcusable». La «resolución» engloba las sentencias —que, además, aparecen expresamente llamadas en los arts. 446 y 447—, los autos y las providencias, superándose las dicciones del CP anterior que se refería a «sentencia», «resolución definitiva en asunto no criminal» y «auto», lo que eliminaba las providencias de la tipicidad.

En la normativa vigente, la amplitud del término «resolución» debe acompañarse de una aclaración: solo las resoluciones jurisdiccionales pueden dar vida a la prevaricación judicial y, por lo contrario, las resoluciones no jurisdiccionales quedan fuera del ámbito del delito⁵. Debe tenerse en cuenta que la LOPJ, en su art. 245, aclara que son resoluciones jurisdiccionales la sentencia, el auto y la providencia. Estas resoluciones jurisdiccionales se contraponen a aquellas resoluciones dictadas fuera del marco jurisdiccional, en el ejercicio de función gubernativa —Tribunales no constituidos en Sala de Justicia, Salas de Gobierno⁶ y Jueces y presidentes con carácter gubernativo— o disciplinaria —advertencias y correcciones—, que reciben el nombre de «acuerdos» en el art. 244 LOPJ. Estos «acuerdos» dictados fuera del ámbito jurisdiccional no pueden dar vida a un delito de prevaricación judicial.

Especial mención debe hacerse al voto particular contemplado en el art. 260 de la LOPJ. No es una resolución jurisdiccional, sino el medio por el que se expone el disenso con la resolución mayoritaria; el voto particular no resuelve la cuestión planteada, por más que se redacte «en forma de sentencia», de lo que se deriva que un voto particular no puede tenerse por resolución jurisdiccional y no puede dar lugar al delito de prevaricación y ello, aunque su contenido exprese una opinión insostenible que de plasmarse en una sentencia calificaríamos de «prevaricadora»⁷.

⁵ Sobre las resoluciones excluidas del ámbito de la prevaricación, ver por todos F. M. PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ramón Areces, 2007, pp. 94-102.

⁶ En el art. 152 LOPJ se establecen las funciones de la Sala de Gobierno del TS, entre otras, la adopción de las normas de reparto, la función disciplinaria o la composición de las secciones de cada Sala.

⁷ Cuestión distinta es que la existencia de un voto particular disidente con la decisión mayoritaria puede impedir la condena por prevaricación al magistrado que lo formula,

La LOPJ contempla la posibilidad de formular voto particular contra las sentencias, los autos definitivos y los autos que resuelven incidentes. La admisión de votos particulares concurrentes o disidentes se fundamenta en el hecho de que la aplicación de la norma no lleva a un resultado único que automáticamente deba asumir el juez, sino que es el fruto de la interpretación que puede llevar a más de un resultado correcto y admisible, tal como se ha señalado. El voto particular permite conciliar la solución mayoritaria al caso que expresa la sentencia, con la independencia y legitimidad de la opinión minoritaria que no debe esconderse tras una falsa unanimidad. En ocasiones, el voto particular encierra una propuesta interpretativa que acaba imponiéndose, por lo que puede actuar como dinamizador de la evolución de la jurisprudencia.

Procede plantearse ahora qué ocurre con las resoluciones que se adoptan en los plenos jurisdiccionales del art. 264 de la LOPJ, en la redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁸. Esta reforma elimina los antiguos plenos no jurisdiccionales del art. 246 e instaura en el art. 264 los nuevos plenos jurisdiccionales que, buscando la unidad de la doctrina, quieren ser vinculantes, pero que, en realidad, no lo son, toda vez que se recoge en el precepto una cláusula de escape que permite el disenso razonado⁹.

cuando deban responder el resto de los magistrados que conformaron la mayoría prevaricadora. Téngase en cuenta que el autor de un voto particular debe firmar la resolución mayoritaria porque a ello le obliga la LOPJ, pero se separa de la misma al formular su parecer en el voto particular.

⁸ El nuevo art. 264 dice lo siguiente:

«1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

2. Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.

3. En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado».

⁹ La redacción de 2015 es el resultado de rebajar las pretensiones del texto que aparecía en el Anteproyecto de 2014, que se traducía en cambiar de raíz el sistema español de aplicación de la ley, con grave afectación de la independencia judicial, la libertad de interpretación y el sistema de fuentes. La pretendida reforma no prosperó y se aprobó el texto hoy vigente que regula unos plenos jurisdiccionales respetuosos con la independencia judicial y con el sistema de fuentes, desapareciendo los plenos no jurisdiccionales. El Anteproyecto de 2014 pretendía dar vida a una doctrina jurisprudencial vinculante para

Estos plenos jurisdiccionales actúan en el ejercicio de la jurisdicción, resolviendo uno o varios casos concretos, por lo que su resultado no es un «acuerdo», como resultaba de los anteriores plenos no jurisdiccionales, sino una resolución judicial¹⁰ y, como tal, una resolución que puede ser típica a efectos de prevaricación. Estos plenos se convocan para unificar criterios cuando un mismo órgano judicial mantenga criterios contrapuestos en supuestos sustancialmente iguales y pueden ser convocados en el ámbito de cualquier Tribunal y no solo del TS. La independencia de Secciones queda garantizada porque las resoluciones de pleno jurisdiccional no son vinculantes, pero para apartarse de ellas es necesario motivar las razones del apartamiento.

En lo que aquí interesa, pueden afirmarse dos cosas. En primer lugar, la resolución adoptada en un pleno jurisdiccional puede ser prevaricadora, dado que se trata de una resolución jurisdiccional en la que se conoce y se resuelve uno o varios asuntos concretos. En segundo lugar, separarse de las resoluciones del pleno jurisdiccional no conduce, por esa separación o «desobediencia», a la prevaricación y ello, con independencia de que se motive o no ese apartamiento. Es decir, si una Sección rechaza la tesis de una decisión del pleno, sin explicar por qué lo hace, pero dictando una resolución no injusta (o sea, admisible conforme a las normas de interpretación), no podrá hablarse de prevaricación por el solo incumplimiento de la obligación de motivar el apartamiento. El art. 264 LOPJ no ha instaurado la jurisprudencia vinculante.

2.2. Resolución injusta

2.2.1. Delimitación

Hasta aquí hemos analizado distintos tipos de decisiones —resoluciones, acuerdos, voto particular y resoluciones de Pleno Jurisdiccional— y si las mismas pueden ser «resolución» a los efectos del delito de prevaricación. Pero la cuestión más relevante y difícil de resolver en materia de prevaricación es establecer cuándo una resolución es «injusta»¹¹. En

todos los jueces; esa doctrina era la establecida en las sentencias de casación en interés de ley, en la resolución de las cuestiones prejudiciales previas que se regulaban en el texto y en los Acuerdos de Pleno adoptados trimestralmente por las distintas Salas del TS, en los que se decidía que concreto punto de la jurisprudencia del TS era vinculante y que otros aspectos seguían rigiéndose por el art. 1.6 CC.

¹⁰ Las actuaciones de pleno jurisdiccional no deben confundirse con las de las salas de siete magistrados o de las Salas de Pleno en las que actúan todos los magistrados de la Sala, pero no lo hacen bajo el cobijo del art.264 LOPJ.

¹¹ A esta dificultad se refiere FERRER BARQUERO como «la controvertida delimitación de la injusticia», recordando que se ha propuesto la sustitución del término «injusta» por arbitraria (*El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 93). También GÜIDI CLAS subraya que el principal problema del tipo de prevaricación judicial

ocasiones, probablemente por la dificultad de definir lo injusto, lo que se hace es adjetivarlo; basta dar un repaso a la jurisprudencia para leer que la contrariedad a la ley ha de ser patente, manifiesta, clara, indiscutible, evidente o indudable a todas luces, términos todos ellos que parecen referirse más a la evidencia de la injusticia que a la injusticia misma y su contenido. Dicho de otra forma, esos adjetivos no permiten deslindar con seguridad qué resoluciones contrarias a la ley pueden considerarse prevaricadoras y qué otras, igualmente contrarias a la ley, quedan fuera del ámbito del delito. Desde ahora podemos adelantar que es posible y más segura una delimitación negativa, es decir, determinar qué resoluciones no pueden ser tenidas por «injustas» a efectos de prevaricación y, a continuación, en el caso concreto, tras descartar que no se trate de ninguna de las resoluciones que no pueden tildarse de prevaricadoras, analizar si la resolución encierra alguna de las «injusticias» no descartadas y si la misma aparece como indiscutible o indudable. Para descartar del ámbito de la prevaricación las resoluciones que, aún ilegales, no sean injustas, debemos previamente referirnos al contenido de la independencia judicial, al funcionamiento de la interpretación y al valor de la jurisprudencia. A estas cuestiones nos referimos más adelante.

Si optamos por una interpretación desmedida del término «injusta», quedará vulnerada la independencia judicial. La explicación de la prevaricación como aplicación torcida de la ley, nos lleva a algo distinto que a una aplicación equivocada, minoritaria, novedosa u opinable de la ley. Si se hace una interpretación equivocada, la respuesta debe darse a través de los recursos previstos contra dicha resolución. Si la aplicación es novedosa, minoritaria u opinable, puede acabar imponiéndose y de no ser así, la vía para desecharla es, otra vez, el recurso.

Por otro lado, hablar de injusticia en una decisión judicial es demasiado amplio e impreciso y, sin embargo, debe concretarse, por ser esa injusticia el núcleo central de la conducta típica. Lo que parece claro — ya se ha indicado— es que no podemos entender que injusto se oponga a algo único, a una norma con un sentido único, porque la norma puede tener más de una expresión válida. Injusto e ilegal no coinciden; tampoco puede identificarse injusto y opinable. Como ya se ha indicado, la ley no siempre tiene una aplicación segura, sino que debe someterse a los criterios interpretativos recogidos en el CC que permiten, en algunos casos, alcanzar más de un resultado exegético válido. Así, la prevaricación no es la contrariedad a la ley, sino la contrariedad a cualquiera de las interpretaciones posibles de la ley, que se sustituyen por una interpretación no legítima. Con todo, la anterior afirmación no resuelve definitivamente el

es la interpretación del vocablo injusticia (*La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 228). Para RAMOS TAPIA, la injusticia es la piedra de toque de la responsabilidad por prevaricación (*El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 249).

límite entre la prevaricación y la decisión ilegal, siendo necesario acudir al elemento subjetivo que, en el caso del art. 446 es «a sabiendas», lo que puede interpretarse como dolo directo. En palabras del TS, se exige «un dolo específico y en cierto modo reforzado» (STS 29 de noviembre de 1993), sin que sea necesario que aparezcan móviles específicos¹² junto al dolo (STS 11 de diciembre de 2001). Sobre la exigencia de dolo directo, descartándose el dolo eventual, la doctrina se muestra dividida¹³.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho, nos fijamos en la teoría objetiva que, a la hora de determinar cuando la resolución es injusta, nos indica que lo será cuando se oponga objetivamente al derecho. Lo anterior requiere matizaciones si pretende ser útil. Además, debe tenerse en cuenta que la delimitación concreta del elemento injusticia reclama la labor de desbroce negativo a la que nos acabamos de referir; es decir, lo primero que debe hacerse es determinar qué resoluciones no pueden integrar la tipicidad de la prevaricación aun siendo equivocadas, cuestionables, novedosas o no compartidas.

La oposición objetiva al derecho que exige la teoría objetiva no puede hacerse coincidir con la recurribilidad exitosa de la decisión que acaba revocada o corregida en vía de recurso. De admitirse que injusta es la resolución recurrida con éxito, todos los jueces que ven corregidas sus resoluciones en vía de recurso serían prevaricadores. La anterior conclusión, no solo no se corresponde con la realidad de las cosas, sino que sería contraria a la independencia judicial y al funcionamiento de la interpretación. En este sentido García Arán sostiene que en la prevarica-

¹² Para RAMOS TAPIA, la concurrencia de posibles móviles servirá para afirmar el tipo objetivo y no para completar el tipo subjetivo (ob. cit., pp. 379-378)

¹³ PEDREIRA GONZÁLEZ admite el dolo eventual en el art. 446 por entender que la existencia del tipo imprudente no permite dejar impunes conductas más graves —dolo eventual— y castigar las más leves —imprudencia— (ob. cit., pp. 133-134). El argumento es atractivo, pero parece no considerar que los injustos de los arts. 446 y 447 no son iguales en su parte objetiva, al referirse, uno, a una resolución injusta y, otro, a una resolución manifiestamente injusta. Con todo, lleva razón el autor cuando indica que la cuestión de fondo está en la falta de certeza del Derecho y en la ampliación de la expresión «resolución injusta» y la pretensión de «otorgar relevancia penal a resoluciones admisibles en Derecho e, incluso, a comportamientos que forman parte del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional». Tal como se sostiene en este trabajo, la prevaricación no es ni el límite ni el castigo de la libertad de interpretación. Para otros autores, el dolo eventual debe descartarse del art. 446, precisamente, en base a la idea de que no hay una sola solución justa y de que el sistema de recursos se asienta sobre la idea de que los jueces pueden equivocarse y de que pueden ser conscientes de la probabilidad de que su entendimiento no resulte correcto, siendo los recursos los que deben dar respuesta a lo «doloso eventual» (GARCÍA ARÁN, ob. cit., p.130). Con detalle para las distintas interpretaciones del elemento «a sabiendas, ver RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 375-413; FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp.152-165; PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp.126-135; E. HAVA GARCÍA, «Prevaricación judicial», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 837-838.

ción hay una infracción de ley, «pero no en toda infracción de ley o, si se quiere, en toda decisión injusta, hay un delito de prevaricación», concluyendo que la injusticia de la resolución es un elemento normativo del tipo objetivo que debe unirse con los elementos subjetivos «a sabiendas» o «por negligencia o ignorancia inexcusables»¹⁴.

Lo recurrible con éxito no se puede identificar con la prevaricación. Además, parece evidente que una resolución irrecurrible o que no se recurre o que se recurre sin éxito, puede ser prevaricadora. Como se ha indicado ya, no prevarica el juez que se opone objetivamente a la ley, sino el que se opone a cualquiera de los resultados distintos cubiertos por un método de interpretación válido¹⁵; es decir, prevarica el juez que ha seguido un procedimiento de interpretación inadmisibles que lleve a un resultado inadmisibles.

En este sentido, parte de la doctrina identifica la injusticia de la prevaricación con la idea de una resolución indefendible el derecho. Lo anterior puede aceptarse siempre y cuando no se identifique lo «defendible» con la doctrina de una instancia superior, aunque se trate del Tribunal Supremo o con la opinión doctrinal tradicional nunca cuestionada; es decir, lo «defendible» es —en la línea ya expuesta— lo que es posible dentro del ámbito de decisión legitimado por la interpretación. Lo defendible o indefendible de una resolución no se definen como la obediencia al Tribunal Supremo o la desobediencia al mismo, dado que la doctrina del Tribunal Supremo no tiene el valor vinculante que caracteriza a la ley, tal como razonaremos más adelante. Ciertamente es que el TS, incurriendo en grave equivocación, entendió en su S 2338/2001, de 11 de diciembre, que la injusticia de una resolución consistía en el «apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial...en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica en y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica»¹⁶. Las

¹⁴ Ob. cit., p. 121. Establecer, como hace la autora citada, la relación entre el elemento subjetivo y la magnitud de la injusticia es fundamental y exigido por la concreta regulación legal que, ante comportamientos dolosos, se conforma con una injusticia —simple injusticia—, mientras que en la actuación imprudente o por ignorancia, exige que la injusticia sea manifiesta.

¹⁵ Según G. ROSADO IGLESIAS («Independencia y responsabilidad judicial», en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 29, 2006, p. 64) «el marco de actuación determina los límites, pero es amplio, ambiguo, abierto a distintas posibilidades interpretativas, con un alto margen, en algún caso mayor que en otros, de indeterminación. Consecuentemente no es descabellado que, aplicando la misma ley y cumpliendo con la misma fidelidad sus extremos, la realidad de la jurisprudencia muestre numerosas decisiones distintas, incluso contradictorias».

¹⁶ Sobre esta STS ver el acertado comentario de G. BENLLOCH PETIT, «¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003). A esta STS 2338/2001 me he referido en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los acuerdos

anteriores afirmaciones no caben en el sistema español de fuentes, desconocen la libertad interpretativa que tiene el juez, parten de una inexistente fuerza vinculante de la doctrina del TS y suponen con error que la prevaricación es la respuesta al disenso. Lo defendible en Derecho será lo que la labor interpretativa consienta; esta idea la expresa Pedreira González al afirmar que «El Juez o Magistrado que, en el ejercicio legítimo de su función, opta por una interpretación razonable y posible de la ley, no dicta una resolución injusta a efectos del delito de prevaricación»¹⁷.

2.2.2. Los escenarios de la resolución injusta: interpretación, hechos probados y normas procesales.

Antes de continuar con el análisis de aspectos necesarios para determinar cuando una resolución es injusta o, más concretamente, cuando no cabe ese calificativo, procede una aclaración. La prevaricación no solo nace cuando se utiliza un método de interpretación irrazonable que lleva a una aplicación de la ley irrazonable, por más que con estas expresiones nos refiramos de forma general al contenido del delito. El juez no solo interpreta la norma sustantiva aplicable; su labor es más compleja. Tiene que establecer el relato de hechos que se derive de las pruebas: debe interpretar las normas procesales que rigen su actividad y que ordenan el procedimiento y no puede perder de vista otras normas que también reglan su actuación y que determinan el contenido de la resolución. En cualquiera de estos ámbitos puede tener vida la prevaricación si hay una resolución que encierre la injusticia. Así, si una prueba de ADN concluye que un individuo no puede ser el padre biológico de otro, el juez no puede tener por probado lo contrario en base a que los dos sujetos se parecen un poco; tal solución es irrazonable y arbitraria. En otro ejemplo, si el juez considera que la norma que debe aplicar es claramente contraria a la Constitución, no por ello puede dejar de aplicarla, sino que debe acudir al Tribunal Constitucional y plantear la cuestión de inconstitucionalidad, suspendiendo el proceso judicial porque así lo ordena el art. 35 LOTC. Un último ejemplo, si el juez considera que un hecho no está tipificado como delito, pero que debería estarlo, no puede inventarse el delito o extender otro por analogía, para acabar condenando, porque se lo impide el principio de legalidad, debiendo proceder, en su caso, como indica el art. 4 del CP: «se abstendrá de todo procedimiento...y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal». Cualquiera de los ámbitos ejemplificados puede dar lugar a resoluciones prevaricadoras si se cumplen todos los elementos del tipo.

del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10-02 (2008), pp.23-25.

¹⁷ Ob. cit., p. 113.

Nos detenemos en la cuestión de la infracción de normas procesales y bajo qué circunstancias dicha infracción permitiría pensar en una prevaricación. Obviamente, la infracción deberá contenerse en una resolución. La mera infracción del procedimiento no contenida en una resolución injusta o no provocadora de una resolución injusta nos saca del ámbito de la prevaricación que siempre requiere una resolución. Es evidente que no cualquier vulneración de la normativa procesal puede considerarse prevaricación, aunque esa vulneración se instrumentalice a través de una resolución. La prevaricación no consiste en la actuación procesal incorrecta del juez —incumplir plazos o prescindir de ciertas actuaciones—. Si el juez vulnera las normas procesales, el remedio, por lo general, debe buscarse en los recursos, incluido el amparo si se trata de una infracción al art. 24 del texto constitucional. Pensar que cualquier infracción procesal deba responderse con la prevaricación es incorrecto e incompatible con el principio de intervención mínima. La prevaricación necesita una resolución —no una mera actuación—, pero es cierto que algunas infracciones procesales se plasman en una resolución o dan lugar a una concreta resolución; si este fuese el caso, podríamos plantearnos estar ante una resolución injusta a los efectos de la prevaricación, naturalmente, si se pudiesen afirmar todos los elementos del delito. En este punto podemos referirnos a la STSJ Andalucía 15/2011, de 13 de octubre, que condenó por prevaricación imprudente a un juez de familia por una serie de actuaciones que habían provocado mucho ruido mediático, compareciendo el propio juez ante los medios de comunicación para relatar lo sucedido. Esta Sentencia incluía un voto particular contrario a la mayoría. El Fiscal pedía la absolución por faltar una concreta resolución. Recurrida la sentencia condenatoria, el TS en su sentencia 5712/2012, de 29 de junio, apreció la prevaricación dolosa con el apoyo de tres de los magistrados, formulando los dos restantes voto particular. La calificación se refiere, por un lado, a un Auto en el que se asume la tramitación de un asunto que competencialmente estaba en manos de un Juzgado de Violencia contra la mujer que ya había decidido sobre la cuestión y, por otro lado, a una serie de defectos o carencias en la tramitación del asunto, a lo que se añade la comparecencia del juez en un medio de comunicación. Es decir, no se cuestiona solo la decisión de fondo, sino, también, la vulneración de una norma de atribución competencial y el prescindir de trámites que debieron seguirse. Puede leerse en la STS lo siguiente «Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción». En el voto particular formulado por un magistrado y al que otro se adhiere, se considera que procedía la absolución porque el art. 158 CC, en la redacción entonces vigente, permitía asumir la competencia en base a razones de urgencia en ese supuesto y el Auto cuestionado, lejos de oponerse a lo resuelto

por el juzgado originariamente competente, lo apoya y lo desarrolla respetando su contenido. También se recuerda que, recurrido el Auto, la Audiencia Provincial lo avaló¹⁸. Se sigue indicando en el voto particular que, aunque se obvió algún trámite procedimental, ello no es suficiente para considerar que hay una resolución injusta o manifestamente injusta. Además, se advierte que la comparecencia del juez ante los medios de comunicación era improcedente y podía haber generado responsabilidad disciplinaria, pero no llevar a una condena por prevaricación.

Las distintas posiciones que se manifiestan en este caso nos permiten ilustrar si una tramitación procesal incorrecta es suficiente para condenar por prevaricación. Como ya se ha indicado, la sola tramitación cuestionable, sin resolución concreta que recoja una injusticia, no es suficiente para construir una prevaricación dolosa o imprudente, a pesar de que el TS no tiene inconveniente en considerar lo contrario. Y no es suficiente que haya una resolución alcanzada tras esa tramitación incorrecta, porque lo que el CP exige es una resolución injusta o manifestamente injusta por su contenido, no porque sea consecuencia de una tramitación cuestionable. Por otro lado, parece evidente que se puede dictar una resolución injusta tras una tramitación impecable. En la opinión que aquí se sostiene, la condena por prevaricación —dolosa o imprudente— no es admisible en este caso por las siguientes razones: 1^a) la decisión plasmada en el Auto no era injusta porque la asunción de la competencia por razones de urgencia estaba autorizada por el art. 158 CC y la decisión no contrariaba la previamente asumida por el Juzgado de Violencia contra la mujer; muy al contrario, respondía a su espíritu; 2^a) la tramitación procesal que prescindió de algún trámite, por sí, no da lugar a delito de prevaricación, sino a la consideración por vía de recurso de la autoridad judicial superior que, en este caso, avaló la resolución del juez; 3^a) la comparecencia antes los medios de comunicación fue, probablemente, inapropiada y susceptible de ser corregida disciplinariamente, pero, en absoluto, puede considerarse prevaricadora. Este caso sirve de ejemplo para ilustrar la dificultad de determinar la injusticia de la prevaricación:

¹⁸ Naturalmente, una resolución injusta no deja de serlo porque sea avalada en vía de recurso por la Audiencia; por ello, el juez penal que resuelve sobre la posible prevaricación no está supeditado a la decisión de la Audiencia que ratifica la resolución objeto de la prevaricación; es decir, no hay una prejudicialidad, civil en este caso, que vincule al juez penal. Sin embargo, la resolución del órgano judicial superior que ampara el auto cuestionado es un hecho que puede llegar a ser relevante a los efectos de entender que la resolución no era injusta. Pero también, en sentido contrario, puede decirse que la existencia de una resolución que desautoriza en vía de recurso una decisión inferior no es un indicio de prevaricación y, menos, la prueba del delito. La no vinculación de la injusticia de la resolución a su censura en vía de recurso es ahora más evidente que en la normativa anterior a 1995, cuando la Ley del Tribunal del Jurado derogó el art. 758 de la LECrim, en el que se contemplaba, a propósito del antejuicio, que «cuando el antejuicio tuviere por objeto alguno de los delitos de prevaricación relativos a sentencias injustas, no podrá promoverse hasta después de terminados por sentencia firme el pleito o causa que dieran motivo al procedimiento».

los distintos operadores que intervinieron sostuvieron la atipicidad, el delito imprudente y el delito doloso.

Volviendo ahora al planteamiento anunciado, si se quiere profundizar en el sentido de la injusticia de la resolución prevaricadora deben tenerse en cuenta, al menos, tres cuestiones de gran relevancia, alguna ya manejada: la interpretación y el carácter complementario de la Jurisprudencia; la existencia o no de jurisprudencia vinculante; y el límite entre las resoluciones erróneas o no mayoritarias susceptibles de ser corregidas en vía de recurso y las resoluciones prevaricadoras¹⁹.

2.3. *Independencia, interpretación y valor de la Jurisprudencia*

2.3.1. Independencia, sumisión a la Ley y libertad de interpretar

La Constitución establece que los Jueces y Magistrados son «independientes...y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1), lo que supone, por un lado, la sumisión a la ley y solo a la ley y, por otro, la no sumisión jerárquica a las decisiones de otros jueces o magistrados, lo que no incluye las interpretaciones del TC (art. 5.1 LOPJ), a cuyo carácter vinculante nos referimos más adelante.

La sumisión al imperio de la ley tiene como consecuencia que cuando un juez duda de la constitucionalidad de una ley que debería aplicar al caso, o está seguro de esa contrariedad a la Constitución, no puede no aplicarla, sino que debe acudir al TC, planteando la cuestión de inconstitucionalidad. Por lo contrario, cuando un juez cree que una norma de rango inferior es contraria a una ley, puede no aplicar aquélla. La razón está en que el juez está sometido a la ley y al principio de legalidad y solo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En línea con lo establecido en el art. 117.1 CE, la LOPJ, partiendo de la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 12.1), afirma que «No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan» (art.12.2). Es

¹⁹ A estas cuestiones me referí en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Independencia judicial y resolución injusta en el delito de prevaricación judicial», en I. Díez-Picazo Giménez y J. Vega Torres (Coord.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Ramón Areces, 2016, pp. 1955-1979, advirtiéndose que algunos de los preceptos legales entonces analizados se han visto posteriormente modificados. El presente trabajo tiene en cuenta los preceptos hoy vigentes.

claro el remedio para lo que un superior deba corregir: la resolución del recurso y no el delito de prevaricación²⁰. Por otro lado, el principio de intervención mínima nos indica que la vía del recurso para corregir interpretaciones y aplicaciones equivocadas debe limitar las condenas por prevaricación²¹.

La independencia judicial y la libertad de interpretación no quedan limitadas o moduladas por el delito de prevaricación; muy al contrario, dichas independencia y libertad interpretativas actúan como límite del injusto de la prevaricación. Es necesario recordar que cuando hablamos de libertad de interpretar se dibujan dos escenarios relevantes para entender la prevaricación.

En primer lugar, la libertad de interpretar del juez presupone —tal como ya se ha indicado— que no hay un único resultado aplicativo válido. Es decir, no puede decirse que solo exista una interpretación admisible y que cualquier otra sea una exegesis prevaricadora. En palabras de Bacigalupo, «no hay un único entendimiento de la ley, la ambigüedad del lenguaje, y los diversos métodos interpretativos llevan a posibles interpretaciones diferentes. Así, la misión del intérprete es comprender la

²⁰ El art. 13 de la LOPJ establece que «Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.» El término «todos» incluye a cualquier juez o Tribunal y al Consejo General del Poder Judicial. La STC 108/1986, 29 de julio establece que «la independencia judicial...debe ser respetada tanto en el interior de cada organización judicial (art. 2 de la LOPJ) como por «todos» (art. 13 de la misma Ley). La misma Constitución prevé diversas garantías para asegura esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es una garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2)... esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes».

²¹ CÓRDOBA RODA, J. en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (directores), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 2133. La STS 102/2009, de 3 de febrero, se refiere a la diferencia entre la resolución que puede corregirse en vía de recurso y la resolución prevaricadora al decir que «la tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones...disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto». Más allá de la idea de que el error del juez es imputable al sistema, subrayamos la afirmación de que a los errores judiciales se da respuesta con los recursos contra las resoluciones equivocadas. Concluye la resolución afirmando que «por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad».

ley a partir de su análisis lingüístico, pero comparándola con la realidad...»²².

En segundo lugar, esa libertad de interpretación no es mero mecanismo de actuación práctica, no es solo una técnica de funcionamiento; muy al contrario, se trata de una de las grandes conquistas respecto de la época ilustrada en la que el juez tenía prohibido interpretar la ley, que debía aplicar como resultado único de forma automática. La interpretación era, en palabras de Beccaria, un mal, al igual que la oscuridad de los textos legales. Se aspiraba a leyes claras y de seguro entendimiento que no requiriesen ser interpretadas y, en ese sentido, se creía que la garantía de la correcta aplicación de las leyes estaba en su redacción segura y en la prohibición de que las mismas fuesen interpretadas. Así era como se entendía el principio de legalidad²³: el juez no puede interpretar la ley, solo el legislador puede hacerlo.

Lardizábal, aun sosteniendo la misma idea sobre la redacción de las leyes y el principio de legalidad, sin embargo, admite excepcionalmente que, en algunos casos, el juez debe hacer una interpretación extensiva, porque el caso no está en la letra de la ley, pero sí queda abarcado por su espíritu. En realidad, lo anterior no supone la admisión de que el juez pueda interpretar extensivamente, sino más bien, el reconocimiento de la necesidad de hacer analogía para extender la norma a un supuesto no estrictamente contemplado. Debe recordarse que la Constitución de 1812 atribuía a los Tribunales la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales (art. 242), pero no permitía que hiciesen interpretación, obligándoles a acudir al Tribunal Supremo encargado de «Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar

²² E. BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Madrid, CGPJ, 2001, p. 133. M. JAÉN VALLEJO, refiriéndose al criterio objetivo, considera que «El problema que plantea este criterio es que presupone que la norma que se aplica tiene que ser una norma clara y terminante, que no requiere para su aplicación sino el mero conocimiento de las palabras del texto legal», concluyendo que «... si el criterio objetivo se aplicara estrictamente en la determinación del adjetivo «injusto», la consecuencia sería clara: como las leyes son ambiguas, difícilmente se puede prevaricar, pues no sería posible conocer con exactitud la solución jurídicamente correcta, es decir, ¡casi nunca podría apreciarse prevaricación!, con lo que la norma perdería prácticamente su vigencia efectiva. Como puede comprenderse, esta consecuencia es inadmisibles, porque deja sin contenido la norma penal» («La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04 (2002), pp. 2-3).

²³ El pensamiento de Beccaria debe entenderse en su contexto: ante la arbitrariedad de los jueces de la época y la inseguridad jurídica existente, formula el principio de que las leyes no pueden ser interpretadas por el juez, que debe limitarse a aplicarlas conforme las formula el Legislador; porque solo así puede garantizarse la separación de poderes. La labor del juez debe limitarse a hacer el silogismo perfecto —premisa mayor, premisa menor y consecuencia—, considerando que no hay nada más peligroso que consultar el espíritu de la ley (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Giuffrè, 1873, pp. 17-22).

sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 246). Es decir, los jueces en el ejercicio de su jurisdicción, podían aplicar la ley, juzgando y ejecutando lo juzgado, pero cualquier duda que requiriese interpretación se trasladaba al Tribunal Supremo, que no la resolvía, sino que la escuchaba para trasladársela al Rey y este, a las Cortes que tenían atribuida la función de «Proponer y decretar las leyes e interpretarlas» (art. 131. 1.ª). Pero, en la actualidad, la interpretación de las leyes está atribuida expresamente a los jueces y tribunales y solo cuando duden sobre la contrariedad a la Constitución de una ley, deberán acudir al Tribunal Constitucional, planteando la cuestión y acatando su interpretación y decisión (art. 5 LOPJ).

2.3.2. El valor complementario de la Jurisprudencia

Vista la libertad de interpretación que tienen hoy todos los jueces y tribunales, la siguiente pregunta que debemos hacernos al hablar de prevaricación es si en Derecho español existe algún caso en el que un tribunal superior pueda imponer su interpretación a los órganos inferiores, más allá de la posibilidad de corregir *a posteriori* la opción del inferior mediante la decisión de un recurso. Es decir, debemos ver si existe algún supuesto de vinculación previa a la doctrina de una instancia superior, porque, de ser así, la desobediencia de un juez nos podría situar en el ámbito de la prevaricación. Dicho con otras palabras, debemos indagar si en nuestro sistema existe o no jurisprudencia vinculante *a priori* y, por tanto, si la jurisprudencia o su doctrina tienen carácter de fuente del Derecho.

En el CC hay referencia a la jurisprudencia como la doctrina reiterada del TS, entendiéndose tradicionalmente que tal doctrina se alcanza cuando, al menos, dos²⁴ resoluciones adoptan la misma tesis. La juris-

²⁴ La sentencia única puede generar efecto de cosa juzgada y solo en esa medida vincula a otros órganos judiciales que no pueden volver sobre el asunto resuelto. Esa vinculación por cosa juzgada es una consecuencia de la seguridad jurídica, no de que la doctrina contenida en la sentencia única vincule a todos los órganos judiciales al resolver otros asuntos. Es más, la doctrina de una sentencia única, tampoco vincula al órgano que la dictó que puede en otro asunto sustituirla por otra doctrina si motiva el cambio de criterio y no vulnera con ello el principio de igualdad (la STC54/2006, de 27 de febrero, afirma que «para que pueda apreciarse su vulneración deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes decisiones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; en segundo lugar, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, la «referencia a otro», lo que excluye la comparación consigo mismo; en tercer lugar, la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta

prudencia encuentra definición en el art. 1 del CC, no como fuente del Derecho —no está ubicada en el apartado 1, que es el que indica cuáles son esas fuentes—, sino como complemento del ordenamiento que se genera como consecuencia de la interpretación y subsiguiente aplicación de la ley, la costumbre o los principios generales —apartado 6—; esa interpretación no es fuente, sino que tiene por objeto a las fuentes y estas fuentes vinculan al juez que no puede prescindir de las mismas —apartado 7—, ni sustituirlas por una fuente jurisprudencial. Además, esa interpretación no es libre, sino que está sometida a las reglas contempladas en el art. 3.1 CC. A los efectos que aquí más interesan, subrayamos que la jurisprudencia complementa el ordenamiento, pero no lo completa. Lo anterior es consecuencia lógica de entender que el ordenamiento está completo y no tiene lagunas de derecho, aunque pueda haber lagunas de ley —como veremos al tratar la negativa a juzgar—, por lo que la jurisprudencia no debe completarlo.

En definitiva, la jurisprudencia ni es fuente, ni crea fuente; su papel es complementar —no completar—, es decir, realizar el derecho que se deriva de las fuentes. La no aplicación de la jurisprudencia, es decir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no constituye, por sí sola, delito de prevaricación; una sentencia de un tribunal inferior que rechace la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se convierte en «resolución injusta» por ese solo hecho, por más que se pueda combatir mediante los recursos legalmente previstos y quedar anulada en la resolución de estos.

La opinión que se está defendiendo se ve acompañada por la desaparición del antiguo recurso de casación por infracción de doctrina legal. Este recurso permitía fundamentar su interposición en la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, siendo la otra posibilidad alegar la inaplicación de la ley. Esto no convertía a la jurisprudencia en fuente y no la equiparaba a la ley, pero en el ámbito del recurso, quedaban en el mismo nivel ley y doctrina jurisprudencial. Con todo, de esta configuración antigua del recurso de casación no se extraía la conclusión de que la ley y la doctrina jurisprudencial fuesen iguales y ambas fuentes del derecho. El recurso que actualmente existe es el de casación por infracción de

desigualdad en la aplicación judicial de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició»). A la vista de todo lo anterior, puede decirse que no seguir la doctrina contenida en una sentencia única —incluso si se trata del mismo órgano judicial que no se vincula motivadamente a su precedente y que no vulnera por ello el principio de igualdad— no nos coloca, por ese solo hecho, en el escenario de la prevaricación. Esta afirmación debe mantenerse, incluso, en los casos, en los que el TS considera que una única sentencia puede contener la doctrina jurisprudencial (STS, Sala Primera 335/2011, de 9 de mayo). Es más, si el abandono de la doctrina anterior se hace sin la debida motivación, no solo por ello se incurrirá en prevaricación, por más que quepa recurrirse al amparo si se ha faltado al principio de igualdad.

normas procesales o sustantivas en determinados casos, siendo uno de ellos que exista interés casacional. Tal interés casacional se cifra según el art. 477.3 LEC (redactado conforme al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio²⁵) en que «la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». Como puede observarse no se trata de fundar el recurso en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues también se tiene en cuenta la inexistencia de la misma o las respuestas contradictorias de la Audiencias; además, este recurso es por «infracción de norma procesal o sustantiva» concurriendo interés casacional (art. 477. 2) y ese interés aparece si hay oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, si tal doctrina no existe o si hay respuestas contradictorias en las Audiencias. La configuración de este recurso pone de manifiesto lo siguiente: 1º) La sola oposición a la doctrina del Tribunal Supremo no legitima el recurso de casación; 2º) Esa oposición llega a la casación si lo denunciado es la infracción de una norma sustantiva o procesal; 3º) En el ámbito de este recurso se equipara la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo infringida a la inexistencia de tal doctrina o a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias; 4º) La respuesta a desoír la doctrina del Tribunal Supremo no es el delito de prevaricación, sino el recurso de casación, en los términos expuestos y siempre que el mismo se funde en la infracción de una norma. No hay nada en este recurso, ni en el resto del ordenamiento, que nos acerque a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho o como una limitación de los jueces en su labor interpretativa.

En alguna ocasión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha entendido cuál es valor que la doctrina jurisprudencial tiene; más arriba, nos hemos referido a la resolución que condenó por prevaricación a un juez «desobediente» que interpretó la prescripción del delito correctamente, rechazando el parecer equivocado que hacía el TS (se trataba de establecer el momento de interrupción de la prescripción, fijando desde cuándo se entendía dirigido el procedimiento contra persona determinada). Volvemos a esta STS 2338/2001, de 11 de diciembre, que consideró prevaricadora una tesis que fue más tarde avalada por el TC y asumida por la reforma del CP de 2010. La injusticia de la resolución consistió, según el TS, en afirmar que el plazo de prescripción se interrumpe, no

²⁵ Se trata del Real-Decreto 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

con la interposición de la querella, sino con la citación en calidad de imputado. El TS confirmó la condena porque «el auto no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica...ha determinado en relación a la prescripción, computo e interrupción.». Se argumentaba que se daba el elemento objetivo de la prevaricación, o sea que el auto «no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente sostenibles...careciendo de toda interpretación razonable, siendo expone de una clara irracionalidad.».

En definitiva, el TS entendió que se prevarica con el apartamiento de su doctrina, lo que no es correcto, ignorando que la jurisprudencia no tiene valor vinculante porque el art. 1.6 CC no se lo confiere y que «complementar» no es lo mismo que «completar». Lo que la jurisprudencia aporta al ordenamiento es algo contingente, no necesario y que no llega a formar parte de él, por más que resulte de gran utilidad al permitir su aplicación uniforme y sirva para salvaguardar la seguridad jurídica, pudiéndose imponer a través del sistema de recursos. Las fuentes declaran el Derecho y la jurisprudencia lo realiza.

Para concluir este epígrafe, refiriéndonos a la interpretación y a la prevaricación, podemos decir que el delito de prevaricación no es la solución al error del juez en la determinación de los hechos y la aplicación de la norma. Tampoco es el CP la respuesta al disenso respecto de la tesis de un Tribunal superior, cuando ese disenso se apoya sobre la base de lo permitido por las reglas de interpretación. Solo en vía de recursos puede corregirse el error o mantenerse en la tesis discutida.

La prevaricación no opera como correctivo de la interpretación posible, aunque no sea la preferible. En realidad, la cuestión debe plantearse, justamente, al revés: la interpretación posible y fundada, aun siendo novedosa o minoritaria, actúa como límite a la incriminación por prevaricación. Las interpretaciones posibles conforme a los criterios interpretativos aceptables son la barrera con la tipicidad de los arts. 446 y 447. En este sentido, Ramos Tapia afirma que «si dentro de las distintas interpretaciones posibles, el juez opta por la que le convence jurídicamente su resolución no podrá ser calificada de injusta, por muy discutida que sea su opción en la doctrina o por muy contraria que sea a la línea jurisprudencial imperante»²⁶.

En palabras de García Arán «no hay decisión injusta si se ha aplicado la legalidad debidamente interpretada...no puede hablarse de decisión prevaricadora allí donde se haya adoptado una *interpretación justificable*

²⁶ Ob. cit., p. 360.

*teóricamente...para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica»*²⁷.

Si se acepta lo anterior, deberá concluirse que cualquier aspiración de justicia material en la aplicación de la ley, deberá canalizarse a través de la interpretación de la norma, nunca traspasando los límites de la norma. De esta manera, legalidad y justicia pueden coincidir o acercarse, es decir, dentro de los límites de la norma, la interpretación puede llevarnos a elegir la solución que mejor realice la justicia material. Pero si para realizar esa justicia material hay que omitir o vulnerar la norma y salir de ella y de sus interpretaciones posibles, entonces nos colocamos en un escenario en el que puede aparecer la prevaricación. Y ello, porque el CP encomienda al juez la aplicación estricta de la ley en todo caso, aunque eso conduzca a un resultado que pueda resultar injusto. Ese resultado injusto no puede ser resuelto por el juez inaplicando la norma o corrigiéndola. El remedio que contempla el CP en estos casos es el contenido en el art. 4.3, referido a los resultados injustos —penas excesivas o conductas que no deberían castigarse—, ante los que el juez debe «ejecutar desde luego la sentencia» en la que haya plasmado «la rigurosa aplicación» de la ley y acudir al Gobierno exponiendo las razones que aconsejan derogar o modificar la ley y conceder el indulto. Lo anterior quiere decir que el juez no puede hacer justicia material fuera de la norma, que ha de aplicar rigurosamente hasta la ejecución, limitándose sus consideraciones de justicia a lo que la norma y sus posibles resultados interpretativos admisibles consienten. En este sentido, Torío López afirmaba que «la referencia a la gracia confirma sustancialmente la intangibilidad jurisdiccional del ordenamiento jurídico»²⁸.

Por otro lado, en materia de Derecho Penal, la búsqueda de la justicia material puede venir dada por la determinación del bien jurídico²⁹ y de la antijuridicidad material, frente a la antijuridicidad formal, lo que nos permite, en ocasiones, no aplicar el tipo penal, siendo instrumento idóneo para ello el método de interpretación teleológico contemplado en el art. 3.1 del CC cuando se refiere a que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Cuando hablamos de interpretación en el ámbito del Derecho Penal es necesario acudir al art. 3 CC, en el que se refieren las reglas y métodos de interpretación de todo el ordenamiento jurídico. La razón está en que el CP contempla en su Título Preliminar

²⁷ Ob. cit., pág. 117.

²⁸ «Tipicidad. Referencia a la Teoría de los tipos abiertos», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1995, p. 15.

²⁹ En este sentido FERRER BARQUERO considera que lo primero que debe establecerse es si la resolución concreta lesiona el objeto de tutela porque pretenda «alguna suerte de obstrucción a la Administración de Justicia», a lo que debe añadirse la conculcación de algún principio constitucional (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 139-141).

las normas de aplicación de sus preceptos, pero no las que rigen su interpretación que deben buscarse en el CC. Debe recordarse que el Título Preliminar del CC tiene una especial naturaleza, considerando algunos que materialmente tiene valor constitucional, lo que, aun negándose, no impide afirmar el carácter de general aplicación. La STC 253/1988, de 20 de diciembre, considera que los criterios interpretativos del art. 3.1 CC son compatibles con la Constitución y «lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación».

2.4. Casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. Sentencias del Tribunal Constitucional

Nos referimos ahora a las sentencias que resuelven el recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social (arts. 218 y siguientes de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social —en adelante LJS—)³⁰. Esta casación está pensada para resolver la existencia de criterios discrepantes cuando, las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia en suplicación son contradictorias entre sí o con las de otras Salas de otros Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, todo ello estando ante situaciones sustancialmente iguales. Se pretende con este recurso «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia» (STS, Sala de lo Social, 307/2018, de 15 de marzo).

En lo que aquí nos interesa, las sentencias de unificación de doctrina deben respetar las situaciones jurídicas particulares ya resueltas³¹ y, si son estimatorias, fijan «en el fallo la doctrina jurisprudencial», y ese fallo «se publica en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales» (219.3 LJS).

³⁰ El art. 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha quedado sin contenido por el art. 225.17 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, ya citado. En el artículo sin contenido se contemplaba un recurso en interés de ley en el ámbito civil referido a sentencias discrepantes de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando resolvían recursos extraordinarios por infracción de ley procesal. Su regulación era prácticamente idéntica a la que tiene el recurso de unificación de doctrina en el ámbito social al que nos referimos en el texto.

³¹ Con la salvedad que incorpora el art. 219 LJS: la situación particular ya resuelta puede quedar afectada si las partes comparecen y se adhieren al recurso; la situación permanece intacta si la parte no ha recurrido o no solicita la modificación.

Las preguntas que requieren respuesta ahora son, al menos, cuatro: ¿qué sentido tiene la publicación en el BOE?, ¿qué grado de fuerza vinculante tienen estas resoluciones?, ¿cabe disenso razonado por parte de un juez?, ¿el juez que disiente de la doctrina contenida en el fallo prevarica? Analizamos estas cuestiones.

Los fallos estimatorios por recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito social se publican en el BOE por su fuerza vinculante, pero esa vinculación no es absoluta, sino que lo es en concepto de complemento del ordenamiento jurídico (art. 219.3 LJS³²). De esta manera, se reproduce lo que el art. 1.6 CC dice para la jurisprudencia, o sea, que «complementará el ordenamiento jurídico» y se añade en la norma laboral que la vinculación a todos los jueces y tribunales es «en tal concepto», es decir, en el concepto de complemento del ordenamiento jurídico y no de fuente del Derecho.

El repetido art. 219.3 LJS reproduce lo recogido en el CC —complemento y no fuente—, con una diferencia: el CC habla de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo —es decir, al menos dos sentencias—, mientras que en el ámbito social se atribuye el carácter de doctrina jurisprudencial que complementa el ordenamiento a una única sentencia, pero esto en nada contraría el valor que el CC le quiere dar a las decisiones judiciales frente a las fuentes. Por otro lado, hay casos en los que una única sentencia se ha considerado jurisprudencia³³; además en los supuestos regulados en el art. 219.3 LJS no nos encontramos ante sentencias ordinarias que resuelven un caso concreto, sino ante sentencias de unificación que no buscan la solución individual, sino que quieren establecer doctrina jurisprudencial que sirve de complemento al ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la fuerza de estos fallos, ya se ha indicado que las situaciones jurídicas particulares ya resueltas no se ven afectadas, salvo que las partes comparezcan y se adhieren al recurso. Lo relevante aquí es que la sentencia fija la doctrina jurisprudencial que vincula todos los jueces como complemento de la ley, pero no como si se tratase de una ley.

A la vista de lo anterior, podemos decir que la existencia de sentencias de unificación del TS en el ámbito social no modifica el sistema de fuen-

³² Según el art. 219. 3, último párrafo LJS, establece que «En defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo».

³³ Ver Nota 24.

tes y no genera una jurisprudencia vinculante que maniate a los jueces³⁴. Consecuencia de lo anterior es que el juez que inaplica la doctrina del fallo contemplado en el art. 219.3 LJS, no por ello incurre en prevaricación, dado que la vinculación que generan estos fallos es la misma que se contempla para la jurisprudencia en el art. 1.6 CC. De ahí, que la doctrina y la jurisprudencia del ámbito social consideren que es posible el disenso motivado. Así, se ha indicado que hay que «destacar a este respecto que el sometimiento incondicional de los jueces y magistrados está limitado en la Constitución «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), mientras que la obligada atención a la jurisprudencia y en particular a la jurisprudencia de unificación de doctrina, que se apoya en razones evidentes de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, no genera un deber incondicional sino un deber de exposición razonada del porqué de la exclusión de la misma en el caso concreto»³⁵.

Nos referimos ahora a las sentencias del TC. Como es sabido, el TC no forma parte del Poder Judicial y es independiente de cualquier órgano del Estado, no pertenece a ninguno, ni se somete a ninguno, pues su única sumisión es a la Constitución y a su propia Ley Orgánica (art. 1 LOTC). No se establece la sumisión del TC a las leyes —lo que si se hace respecto de los jueces y magistrados del Poder Judicial— porque el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En este punto debe recordarse que las sentencias y autos del TC dictados en cualquier proceso constitucional, corrigen la previa jurisprudencia de los tribunales y determinan su posterior actuación. Lo anterior

³⁴ Distinta era la consecuencia que podía extraerse de la regulación del recurso extraordinario de casación en interés de ley en materia contencioso-administrativa, regulado en los arts. 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Este recurso fue suprimido por la Ley 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ. Se contemplaba en su configuración que la sentencia fijaba la doctrina legal, se publicaba en el BOE y «vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado». Salta a la vista la diferencia sustancial con las sentencias de unificación en el ámbito social: estas vinculan como complemento al ordenamiento jurídico, mientras que los desaparecidos fallos en materia contenciosa vinculaban de manera absoluta, sin indicarse que el carácter de esa vinculación lo fuese solo como complemento. Es decir, aquí si podía verse una jurisprudencia absolutamente vinculante que escapaba de la naturaleza que el CC le confiere.

³⁵ J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS y V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, «Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Madrid, BOE, 2020, pp. 505-507. Siguen estos autores diciendo que «En una inevitable visión «realista» de las cosas, y en la medida en que la infracción de la jurisprudencia aplicable al caso funda un recurso de casación —frente a las resoluciones de órganos inferiores que se apartan de la misma—, puede decirse que la jurisprudencia es fuente de derecho, incorporada la interpretación en ella contenida a la norma interpretada como complemento de la misma». Sobre el particular podemos decir lo siguiente: 1º) Se admite la afirmación como visión «realista», pero no con el significado jurídico que debe atribuirse al término «fuente». 2º) El valor de esa jurisprudencia está en el carácter complementario que establece el CC y asumen los autores.

quiere decir que hay una doble vinculación: *a priori*, a las interpretaciones que haya realizado el TC y, caso de discordancia, *a posteriori*, que obliga a corregir la jurisprudencia previa y contraria a una posterior doctrina del TC consecuencia de su interpretación hecha en procesos constitucionales. Esa doble vinculación es absoluta y no cabe disenso, ni si quiera, motivándolo. Así se deriva de los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC que nos indican que la interpretación de las leyes hecha por los jueces debe ser conforme a la hecha previamente por el TC, y que la jurisprudencia de los tribunales de justicia debe ser corregida para adaptarla a la doctrina constitucional que pueda generarse después en cualquier proceso constitucional. Por otro lado, el art. 164.1CE ordena la publicación de las sentencias del TC en el BOE, recordando que dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación, que son irrecurribles y que operan frente a todos si declaran la inconstitucionalidad de una ley y si no limitan su fallo a la estimación subjetiva de un derecho. No se contempla ninguna válvula de escape, motivada o no, que permita prescindir de la doctrina recogida en las sentencias del TC, cosa que es posible para un órgano inferior respecto de las resoluciones de su superior en el ámbito de la jurisdicción.

La consecuencia inmediata de todo lo anterior es que «desobedecer» al TC en una resolución judicial nos coloca en el escenario del delito de prevaricación, sin importar si esa desobediencia se motiva o no. Si un juez, a sabiendas, prescinde de una resolución del TC y resuelve conforme a una interpretación desautorizada por el TC, incurrirá en delito de prevaricación.

2.5. *Resoluciones atípicas*

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado, y a la hora de establecer las características de una resolución injusta, puede procederse conforme a las distintas teorías subjetiva, objetiva, mixta y de los deberes³⁶, pero, en todo caso, deben excluirse del ámbito típico las resoluciones que, aun siendo erróneas, ilegales, minoritarias o novedosas, sin embargo, no son «injustas», porque el CP exige una «resolución injusta» y no simplemente errónea, ilegal o discutible. Así, la STS 18 de junio de 1992 indica que «no toda infracción de las normas legales...acarrea de inmediato la responsabilidad criminal...la exigencia normativa del tipo consiste en la resolución injusta, no la simple resolución ilegal, y el reproche que la sanción penal entraña no se manifiesta ante la mera infracción de Ley, sino ante la consciente aplicación torcida del Derecho...La mera ilegalidad...no es suficiente para generar el delito de prevaricación, ya que puede hacerse

³⁶ Sobre estas teorías y sus resultados, ver por todos, PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 102-126.

cesar por la vía de los recursos». Por su parte la STS 992/2013, de 20 de diciembre, afirma que «...por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad...».

Con carácter particular, siguiendo la línea marcada por las resoluciones citadas y lo dicho más arriba a propósito de la interpretación y la independencia judicial, podemos establecer que hay resoluciones que no pueden tenerse por injusta a los efectos del delito de prevaricación.

En primer lugar, encontramos la resolución que se equivoca al declarar los hechos probados (se atribuyen a un sujeto bienes patrimoniales que son de otro; se imputa a un individuo el acceso carnal forzado con la víctima, cuando el acceso lo protagonizó otro) o al determinar la norma aplicable (se castiga al cómplice en base al art. 61 y no conforme al art 63). Estos errores deben corregirse a través de los recursos legalmente indicados.

En segundo lugar, pueden señalarse como atípicas las resoluciones que encierran una interpretación que pueda tildarse de errónea, pero no irracional, o que opten por una interpretación novedosa o minoritaria. Prueba de que lo minoritario no es prevaricación son las resoluciones de órganos colegiados en los que no se alcanza la unanimidad en las que se integran la decisión mayoritaria y aquéllas otras contrarias y minoritarias que se expresan en un voto particular. Si una interpretación minoritaria fuese típica a los efectos de la prevaricación, deberíamos concluir que un voto particular es materialmente prevaricador, aunque, tal como se ha indicado más arriba, al no ser el voto una resolución jurisdiccional no tiene cabida en el delito de prevaricación. Es la propia LOPJ la que, al regular los votos particulares, reconoce que el disenso es posible y que no puede ser criminalizado.

Como ya se ha indicado, una resolución que acoja una interpretación contraria a la hecha por un Tribunal superior no es injusta por ese solo hecho, al no establecerse la obediencia a la doctrina del Tribunal superior. Solo en vía de recurso puede corregirse esa interpretación disidente. Cuestión distinta es que un juez instructor actúe obviando lo resuelto por la audiencia en vía de recurso contra una resolución previa suya, obligándole a tomar la contraria; en este caso, si el instructor no se atiene al contenido de la resolución del recurso podría incurrir en prevaricación. Pero lo que no puede decirse es que la resolución corregida en vía de recurso sea, como consecuencia del éxito del recurso, una resolución injusta. La realidad de las cosas se opone a dicha conclusión.

Finalmente, nos referimos a las resoluciones que dan lugar al amparo constitucional por vulneración del derecho a la legalidad penal, para afirmar que la obtención del amparo no genera responsabilidad por prevari-

cación. La STC 13/2003, de 28 de enero, afirma lo siguiente: «toda norma penal admite diversas interpretaciones...nuestro papel como jurisdicción de amparo se reduce a velar por los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo... verificando si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles...»³⁷.

De todo lo anterior puede extraerse que entre una decisión correcta y unánime y una decisión prevaricadora hay un espacio en el que tienen vida varias posibilidades: la decisión legal, pero no unánime, por existir otras válidas; la decisión minoritaria o novedosa, pero fundada en un método interpretativo aceptado como válido; la decisión errónea que ha de resolverse en vía de recursos; y finalmente, la decisión que puede el TC corregir en vía de amparo. Ninguna de estas decisiones es prevaricadora.

Si, tal como indica el TC en la resolución recién citada, el amparo por vulneración del principio de legalidad procede ante una interpretación irrazonable o basada en una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, parece evidente que para condenar por prevaricación hay que exigir algo más, salvo que se quiera concluir que, cada vez que el TC conceda el amparo frente a una resolución judicial irrazonable o extravagante, a continuación, debe condenarse por prevaricación.

La diferencia entre una resolución ilegal y otra que es injusta se refuerza a la vista de que el delito del art. 446 exige que la conducta se realice «a sabiendas». De ordinario, el juez que dicta una resolución errónea o ilegal lo hace creyendo que se trata de una resolución correcta o que encierra una interpretación admisible, aunque sea novedosa; por lo contrario, una resolución injusta es la que se ha dictado «a sabiendas» de su contenido ilegal, conocimiento que no impide su dictado. Tratándose de la prevaricación imprudente, al faltar el elemento «a sabiendas», debe reforzarse la parte objetiva del tipo y exigirse que la resolución sea «manifiestamente injusta» y no, simplemente, injusta.

Antes de entrar a analizar la negativa a juzgar y el retardo malicioso, podemos resumir lo visto para el delito de prevaricación en lo que se refiere a la resolución injusta: es contraria a la resolución debida, es decir, a

³⁷ Sigue la Sentencia citada diciendo lo siguiente «aunque desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que... exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión...dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro Ordenamiento constitucional conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.». Parece evidente que el solo éxito del amparo constitucional no lleva inevitablemente a afirmar que el juez corregido prevaricó.

la que debe dictarse fundamentada en Derecho para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Por otro lado, esa resolución injusta tiene un concreto contenido material que es el que expresa la injusticia.

Ese contenido material falta en los delitos de negativa y retardo, cuya característica está en que no se dicta la resolución debida, por lo que el núcleo del injusto no estará en un contenido material inaceptable, sino en no cumplir con las normas constitucionales, civiles o de procedimiento que obligan al juez a dictar la resolución o a hacerlo sin demora. Lo anterior, sin embargo, no es obstáculo para que en estos delitos podamos encontrar resoluciones que pretendan justificar la inactividad del juez, por ejemplo, alegando la oscuridad de la Ley, o provocar el retardo inventando trámites inexistentes. En estos casos podría plantearse un concurso entre la prevaricación propia y la negativa o el retardo, al existir resoluciones con contenido material que puedan tildarse de injustas.

En el retardo malicioso y en la negativa a juzgar también falta la resolución debida, ya sea porque hay inactividad, ya sea porque esa inactividad se provoca o se pretende explicar en otra resolución que, naturalmente, no da satisfacción a la resolución debida que exige el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. La negativa injustificada a juzgar: el deber de resolver siempre y en todo caso

La jurisprudencia explica la negativa a juzgar desde la idea del derecho a la tutela judicial efectiva y la inhibición manifiesta del deber de ejercer la jurisdicción (ATS 22 de junio de 2001 y ATSJ Cataluña 100/2003, de 11 de diciembre).

El CP refiere la negativa al ámbito de «juzgar», pero esta dicción no debe inducir a la confusión; el ámbito del delito no es solo el que se reside en el trámite del juicio, sino que debe considerarse el ejercicio de la función jurisdiccional en toda su amplitud, en cualquier momento procesal y en cualquier procedimiento, incluidos aquellos que no requieren un acto de juicio. No nos encontramos ante la negativa a juzgar, en sentido estricto, como negativa a llevar adelante un juicio, sino ante una negativa a resolver en cualquier momento procesal.

El derecho a obtener una resolución debidamente motivada se lesiona con la negativa a juzgar, dado que el delito se comete en los casos en los que falta la resolución sin causa que lo justifique o en los que la «resolución» no puede tenerse por tal porque no es la resolución debida, sino la que pretende explicar sin fundamento admisible la inactividad —por ejemplo, alegando que la ley es oscura—.

Debe advertirse que la sola falta de motivación de una resolución no puede situarnos ni en el delito de negativa, ni en la prevaricación, sino en la vía de los recursos. La resolución inmotivada —pero dictada y no injusta— no es delictiva; es recurrible.

Para delimitar el ámbito del delito de negativa a resolver es necesario tener en cuenta que existe el retardo malicioso, que también supone la omisión del comportamiento debido, en una dimensión temporal, buscando finalidades ilegítimas y sin necesidad de pretextar una causa. La negativa a juzgar no puede conformarse con la sola omisión, que puede ser consecuencia de la desidia, la mala organización o la llevanza imprudente de los asuntos. El CP no castiga el no juzgar o no resolver, sino el negarse a hacerlo en dos concretos escenarios: la falta de causa legal que justifique la negativa o pretextando una imposibilidad que el CC impide. Son estos escenarios los que deben analizarse para poder construir la negativa típica que se presenta como un acto positivo que expresa esa negativa. En definitiva, no se castiga aquí el no resolver, sino el negarse a hacerlo sin causa legal que lo ampare³⁸ o con pretextos inadmisibles (oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley). Como ya se ha indicado, el descuido, el olvido, la desatención o el retraso, que expresan comportamientos omisivos, no se contemplan en el art. 448 que se refiere al «Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley...». Estamos ante comportamientos activos, tanto en la negativa sin causa legal, como en la negativa con pretexto inadmisibles³⁹.

Debe señalarse que en el CP de 1973 no tipificaba la negativa a juzgar sin causa legal; solo contemplaba el segundo escenario de pretextar carencias de la ley. En realidad, ese segundo escenario hoy podría entenderse incluido en los casos de ausencia de causa legal, porque tales pretextos —insuficiencia, oscuridad o silencio de la ley— no son admi-

³⁸ No hay negativa a juzgar cuando se resuelve desestimando una petición que se ha hecho en un procedimiento que no era el contemplado para formularla (ATSJA, Granada, 12-3-2004).

³⁹ Gran parte de la Doctrina así lo entiende. Solo cabría la omisión si el art. 448 se refiriese a no juzgar, pero no es así: se requiere un acto positivo que exprese la negativa infundada. En contra, FERRER BARQUERO (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 142-147) considera que la negativa a juzgar sin alegar causa legal admite comportamientos activos u omisivos, dado que «igual se afecta a la Administración de Justicia si el Juez justifica expresamente su inactividad como si no lo hace». Podemos aceptar que la Administración de Justicia se perjudica en ambos casos; pero de ahí no puede deducirse que los dos supuestos sean típicos conforme al art. 448. Como ya se ha indicado, dar entrada a la simple omisión supondría castigar conforme al art. 448 la desidia, el desinterés, o la gestión imprudente de los asuntos y debe repararse en que el legislador no ha querido castigar la imprudencia en este tipo penal, lo que si se hace en la prevaricación propia. La sola ausencia de resolución, sin plasmar previamente una negativa a resolver injustificada, es atípica conforme al art. 448, aunque podría ser típica conforme al art. 449.

bles en nuestro actual sistema, por lo que invocarlos es un supuesto de ausencia de causa legal. Además, si nos encontramos ante otros pretextos ilegítimos y distintos a los referidos a las carencias de la ley, no por ello diremos que la conducta es atípica, porque podrán ser reconducidos a la ausencia de causa legal o al tipo de prevaricación del art. 447. Así, la negativa a resolver para demostrar que el sistema funciona mal o para «proteger» a una parte y retrasar su ingreso en prisión o porque el juez está a la espera de una reforma legal que puede retrasarse un año o no llegar nunca, no es una negativa atípica, pues estos «pretextos» nos colocan, como mínimo, en el escenario de «sin alegar causa legal» o, incluso, en el de la resolución injusta del art. 447. Por lo acabado de indicar, no compartimos la opinión de Güidi Clas que sostiene que «si el juez se niega a juzgar en redondo, sin alegar pretexto alguno o aduce otros que no sean los mencionados, realiza una conducta atípica»⁴⁰. Por lo contrario, consideramos correcta la afirmación de Ferrer Barquero de que «... se persigue también al Juez que se niegue a juzgar sin aducir pretexto alguno»⁴¹.

Teniendo en cuenta lo dicho y desde la óptica de la oposición entre la resolución debida y la resolución que expresa la negativa a resolver, sin causa legal o pretextando carencias en la ley, solo puede entenderse el contenido de este precepto si se atiende al Código Civil, concretamente a su art. 1.7, y al deber de ejercer la función jurisdiccional expresado en el art. 11.3 LOPJ. El primero de los preceptos indicados establece que «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», indicándose en el segundo que «Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes». De la lectura de los dos preceptos destacamos dos dicciones: «resolver en todo caso...ateniéndose al sistema de fuentes» y «de conformidad con el principio de tutela efectiva...resolver siempre».

Analizamos en qué consiste ese deber de resolver siempre y en todo caso. En primer lugar, es útil hacer referencia al principio «*iura novit curia*» que expresa que el juez conoce el Derecho y debe seleccionar e interpretar la norma, aplicando la que resulte adecuada, con independencia de la alegada por las partes⁴². Este principio supone que el juez no

⁴⁰ Ob. cit., p. 351.

⁴¹ «La vertiente omisiva de la prevaricación judicial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, n. 143, 2002-2003, p. 359.

⁴² Para la STS, Sala Tercera, de 16 de junio de 2015, «El principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente

puede desconocer el Derecho, lo que es importante, no solo para el entendimiento del art. 448, sino también para delimitar el art. 447 referido al dictado de una resolución manifiestamente injusta por «imprudencia grave o ignorancia inexcusable». Nos detenemos en esta modalidad de prevaricación imprudente, subrayando que la exigencia de la que la ignorancia sea inexcusable nos da a entender que habrá una ignorancia excusable atípica en relación al tipo imprudente; dicho de otra forma, que el principio «*iura novit curia*» no es el reverso de la prevaricación imprudente, al dejar el delito fuera de su ámbito cierta ignorancia excusable⁴³.

El principio «*iura novit curia*» se relaciona con otro que dice «*da mihi factum, dabo tibi ius*» (dame los hechos y yo te daré el Derecho), que, igualmente, subraya que el juez debe conocer el Derecho y aplicarlo.

Con la limitación vista en la prevaricación imprudente, la idea de que el juez conoce el Derecho es obligada para entender que no cabe pretextar insuficiencias de la ley para justificar una negativa a resolver. La razón es la siguiente: el sistema de fuentes del art. 1.1 CC permite resolver en todo caso. En otros términos, aunque una ley contenga una laguna, sin embargo, el Derecho no contiene lagunas y el CC da al juez los instrumentos necesarios para resolver en todo caso. Esta afirmación de que el Derecho, entendido como la totalidad del Ordenamiento jurídico, no tiene lagunas supone dos cosas: 1^a) que el Ordenamiento es pleno, 2^a) que no se reconocen espacios jurídicos vacíos.

Igualmente, si la ley es oscura, las reglas de interpretación del art. 3 CC permiten al juez descubrir su entendimiento para poder aplicarla.

Lo anterior conduce a la prohibición del «*non liquet*» (no está claro), es decir, se impide la posibilidad de que el juez no resuelva por insuficiencias de la ley, porque, aunque dichas insuficiencias puedan existir (lagunas, antinomias o textos oscuros), el juez tiene los instrumentos para superarlas y resolver. La prohibición del «*non liquet*» debe relacionarse con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La obligación de resolver en todo caso requiere ser explicada en base al sistema que el CC diseña en materia de aplicación del Derecho y de fuentes⁴⁴.

aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador solo esté vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia imprescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso».

⁴³ Sobre esta cuestión ver PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp.147-149.

⁴⁴ Se siguen aquí algunas consideraciones hechas en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Barcelona, Difusión Jurídica, 2007, pp. 15-23.

En primer lugar, hay que tener presente la diferencia entre lagunas de ley —que se reconocen— y lagunas de Derecho —que no se reconocen—. Las primeras se resuelven conforme al CC acudiendo al sistema de fuentes, a la extensión analógica de una norma (*analogia legis*) cuando es posible, o en base a la costumbre, o a un principio general o a varios (*analogia iuris*). Es decir, el CC permite resolver las lagunas de la ley por el sistema de autointegración. Por lo contrario, las llamadas lagunas de Derecho suponen que no hay ninguna fuente —ni ley, ni costumbre, ni principios— para resolver. Sin embargo, tal como ya se ha indicado, estas lagunas no se admiten en nuestro Ordenamiento. En este sentido, la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código Civil (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), decía que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho»; de ahí que el art. 1.7 CC establezca el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver en todo caso atendiendo al sistema de fuentes⁴⁵.

El deber de resolver en todo caso supone que el juez no puede dejar ningún asunto sin resolver, por eso cualquier pretexto que quiera fundar su negativa a resolver al margen de lo ordenado en el CC es inadmisibile. Ciertamente es que ese deber de resolver no se puede cumplir de igual manera en todos los casos y deben tenerse en cuenta aquí las peculiaridades del Derecho Penal, comparando su aplicación con otras ramas del Ordenamiento. Pero, también aquí el CC nos da una solución, que resulta respaldada por el CP. Si nos fijamos en el ámbito del Derecho Civil, cualquier situación que se plantee y no esté legalmente contemplada, debe recibir un tratamiento por parte del juez que se extraerá, en ausencia de ley, de la aplicación analógica (art. 4.1 CC) o de la costumbre o de los principios generales (art. 1.1 CC). Lo anterior es consecuente, por ejemplo, con la libertad contractual propia del Derecho Civil contemplada en el art. 1255 CC, que permite dar vida a figuras contractuales atípicas, pero permitidas, que deben ser resueltas, en caso de conflicto, con una respuesta judicial que, en muchos casos recurrirá a la analogía.

En materia de Derecho Penal, la idea de que el ordenamiento está completo y no tiene lagunas, debiendo el juez resolver en todo caso, se plasma de otra manera. El juez resuelve, no solo cuando aplica el pre-

⁴⁵ El derogado art. 6.1 del CC decía que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirá en responsabilidad.». La derogación del precepto transcrito y el mantenimiento de los pretextos en el CP 1973 y en el texto vigente, no pueden conducir a afirmar una discordancia entre la normativa civil y la penal, toda vez que el art. 1.7 del CC, vigente desde 1974, establece con carácter general, y aún sin referencia a la oscuridad, silencio o insuficiencia de la Ley, el deber inexcusable de resolver en todo caso. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que ya el CP de 1848 se refería a la negativa a juzgar por silencio u oscuridad de la Ley y que este texto es anterior al Código Civil que data de 1889 y, por tanto, a la aparición del citado art. 6.1. La referencia que aparece en el CP de 1848 a la oscuridad o silencio de la Ley proviene del art. 135 del Código Penal francés de 1810.

cepto del CP sancionador o los preceptos que excluyen la sanción por concurrir justificación, exculpación, no punibilidad o falta de requisitos de procedibilidad, sino que también resuelve, cuando no aplica ningún precepto por declarar la atipicidad del comportamiento. Lo atípico en Derecho Penal no es una laguna y, por tanto, no debe colmarse analógicamente —lo que, además no es viable conforme a los arts. 4.2 CC y 4.1 CP—, y ello, aunque exista una norma que declare la tipicidad de un supuesto similar y con idéntica razón, no pudiéndose recurrir a la costumbre o a los principios generales, dada la vigencia del principio de legalidad.

El carácter fragmentario del Derecho Penal no es consecuencia de un olvido generador de una laguna, sino que es una opción —la que se hace al tipificar solo algunas conductas—, lo que nos lleva a afirmar que el ordenamiento penal es pleno y carente de lagunas. Cuando un juez penal declara que un comportamiento es atípico, no está reconociendo una laguna legal, sino que está aplicando la ley penal. Así lo expresa Orts Berenguer al decir que, si unas conductas no están castigadas en el CP «antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar»⁴⁶.

A la vista de todo lo anterior, podemos afirmar que cuando el juez se niega a ejercer su deber de jurisdicción, sin causa legal que lo ampare (siendo causas legales, por ejemplo, que se esté tramitando su abstención o recusación, que el procedimiento está suspendido legalmente o que se vaya a plantear una cuestión prejudicial) está contraviniendo lo ordenado en el art. 1.7 CC y, además, está omitiendo el dictado de la resolución debida que exige el art. 24 CE. En similar sentido, si el juez se niega a resolver escudándose en que la ley es oscura, insuficiente o que guarda silencio, está faltando a su deber de ejercer la jurisdicción, impidiendo el dictado de la resolución debida que exige el art. 24 CE y desobedeciendo al art. 1.7 CC. En ambos casos, el delito de negativa a juzgar exige un comportamiento activo —la manifestación de la excusa improcedente o el pretexto vedado— que sustituye al dictado de la resolución debida.

4. Retardo malicioso. Retardo y dilaciones indebidas

Más arriba se ha adelantado que, en la opinión que aquí se sostiene, el art. 449 CP, al tipificar el retardo malicioso en la Administración de Justicia no está castigando las dilaciones indebidas, ni indicando que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) sea el bien

⁴⁶ *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9, 10ª del Código Penal)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, p.13.

jurídico en este delito⁴⁷, por más que pueda entenderse como el escenario lógico en el que se manifiesta el delito.

En realidad, el retardo malicioso es una forma de denegación de justicia, pero a diferencia del tipo del art. 448, requiere, no solo comportamiento doloso, sino, además, la búsqueda de un fin ilegítimo, conformándose la negativa a juzgar con el dolo, sin requerir ulteriores finalidades, pero exigiendo la negativa injustificada o con pretextos ilegítimos.

Consideramos que, como ya se ha indicado para la prevaricación y para la negativa a juzgar, la resolución o resoluciones retardadas maliciosamente y no dictadas lo que hacen es eludir la resolución debida que exige el art. 24.1 CE⁴⁸ y suponen el incumplimiento del deber jurisdiccional del juez. Naturalmente, la anterior afirmación y las que siguen se refieren al retardo en el que incurre el juez, no al imputable al secretario judicial o a otros funcionarios, dado que estos sujetos no ejercen la jurisdicción y no tienen que dictar una resolución debida.

Para la STS 2135/2003, de 20 de enero, el delito de retardo malicioso «viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial». Es decir, en los tres delitos analizados falta la resolución debida y el juez desatiende su deber de ejercer la jurisdicción.

Tratándose del retardo debe hacerse una referencia a la exigencia de malicia⁴⁹ y al contenido que el art. 449 le asigna —conseguir cualquier finalidad ilegítima—, porque sin esa malicia, cualquier retardo o dilación resultan atípicos. Así, la malicia juega en el retardo un papel similar al que hemos visto en la denegación de justicia con la negativa sin causa o pretexto inadmisibles. La negativa sin causa y la malicia delimitan los

⁴⁷ FERRER BARQUERO considera que «la sobrecarga de trabajo...y la tardanza en resolver son elementos que contradicen el derecho constitucional a la tutela judicial, y más en concreto el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». Este autor parece establecer una fuerte vinculación entre el derecho a la tutela y el referido a un plazo razonable; con todo, entiende que «las dilaciones indebidas no configuran el delito, a no ser que exista un elemento malicioso» (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 149). A la vinculación o no entre esos dos derechos y a la consecuencia que puede extraerse sobre la determinación del bien jurídico protegido (uno u otro derecho o los dos) nos referimos en las siguientes páginas.

⁴⁸ Para M. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, el retardo malicioso lesiona el derecho a un proceso de dilaciones indebidas y pone en peligro el derecho a obtener una tutela judicial efectiva (*Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 410). Parece que esta autora admite que el bien jurídico está integrado por los dos derechos constitucionales. Para G. QUINTERO OLIVARES «el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas...tiene su respuesta penal en el artículo 449 CP» («De la prevaricación», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 6ª ed., 2011, p.1336).

⁴⁹ Sobre el significado del término «malicia» en los distintos Códigos Penales españoles, ver M. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, ob. cit., pp. 410-424.

tipos penales en el sentido de que la simple denegación sin negativa infundada es atípica, como atípico es el retardo sin malicia.

La exigencia del elemento «malicia» en algunos delitos o en ciertas definiciones se ha interpretado, ahora y antes, de diversas formas, como dolo, conciencia de la antijuridicidad o móviles perversos. Prescindiendo de otros delitos y del significado histórico de la malicia como dolo o intención, en lo que se refiere al delito de retardo malicioso, la interpretación es auténtica y restringida a «retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima». Si se repara el CP no califica de ninguna forma el retardo, no le exige una especial gravedad; ni que constituya infracción disciplinaria muy grave de retraso injustificado y reiterado (art. 417.9 LOPJ), o grave de retraso injustificado (art. 418.11 LOPJ), o leve de incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución (art. 419.3); ni que suponga la vulneración del derecho a no padecer dilaciones indebidas. Nada de esto conforma la tipicidad, porque lo relevante es que el retardo busque un fin ilegítimo y no que provoque dilaciones indebidas, entendiendo por dilaciones indebidas, no cualquier retraso, sino la concurrencia de factores que permiten calificar una dilación como indebida. A esta cuestión nos referimos después.

Volviendo a lo malicioso, suele interpretarse como elemento subjetivo del injusto, lo que supone que el retardo será intencional y encaminado a un fin ilegítimo, o sea, contrario a Derecho. Otra interpretación es la que sostiene que la finalidad ilegítima define el ámbito objetivo del delito y que la plasmación de esa finalidad debe estar abarcada por el dolo. Nos inclinamos por la primera interpretación a la vista de la redacción legal que indica que «Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima». Lo que se exige es que el retraso busque el fin ilegítimo, no que ese fin efectivamente se alcance. Con un ejemplo, bastaría que el juez retrase la tramitación para dejar prescribir un asunto, aunque finalmente la prescripción no se produzca, por ejemplo, porque el asunto lo asume un juez que sustituya al anterior por una baja médica y que reactiva la tramitación impidiendo la prescripción. El no alcanzar el fin ilegítimo que se buscaba no impide afirmar la tipicidad. Para la STSJ Cataluña 10/2011, de 28 de abril, «el dato objetivo del retardo carece de relevancia penal si no va asociado a la voluntad de ocasionar un resultado ilegítimo». Califica la malicia como elemento subjetivo del injusto la STS de 19 de octubre de 1995, que considera que es ese elemento el que permite distinguir el ilícito disciplinario muy grave del art. 417 LOPJ (o el grave del art. 418) y el tipo penal. Debe tenerse en cuenta que en la falta disciplinaria, no solo caben comportamientos imprudentes, sino también dolosos pero no maliciosos. La exigencia de dolo lleva a la atipicidad de los comportamientos imprudentes; así, el ATSJ Valencia, de 4 de marzo de 1999, consideró que «el retraso por mera negligencia, aun cuando esta sea muy grave y prolongada, es tan sólo constitutivo de infracción disciplinaria». La ausencia de dolo y de

búsqueda de fines ilegítimos explica que no se pueda calificar de retardo malicioso ni de negativa sin causa el comportamiento derivado de «una confusa situación a causa de los múltiples escritos y de los sucesivos recursos de reposición» que generó «un embrollo procedimental...que el Juzgado no supo impedir» (AAP Jaén de 11 de mayo de 2009).

Se ha considerado que concurren fines ilegítimos cuando el juez inutiliza una querrela para beneficiar a su amigo y querrellado (STS de 10 de junio de 1887); cuando se busca el perjuicio de una parte (SSTS de 6 y 21 de marzo de 1918); cuando se retrasa la tramitación de una adopción por un matrimonio de personas del mismo sexo por razones de conciencia (STSJ Murcia 5/2008, de 23 de diciembre⁵⁰); o cuando se colapsa la tramitación de permisos penitenciarios con la finalidad de acreditar el mal funcionamiento de la administración penitenciaria bajo el mandato de un concreto equipo con el que el juez tenía malas relaciones (STS 2135/2003, de 20 de mayo).

Al margen de otras cuestiones generales sobre el delito de retardo, nos fijamos en el punto referido a si para entenderse cometido el delito se requiere o no la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Como ya se ha adelantado, entendemos que ese derecho al plazo razonable no es el bien jurídico protegido, pero sí aparece como el escenario habitual del retardo malicioso. Desarrollamos la cuestión a continuación.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la LECrim expresa en sus arts. 197 y 198 que las resoluciones y actuaciones judiciales «se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas» y que no existiendo plazo señalado, «han de dictarse y practicarse sin dilación». Naturalmente, el solo incumplimiento de estos dos mandatos —plazo o celeridad—, nada infrecuente en la práctica, no permite, sin más, dar por probada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, menos aún, afirmar la tipicidad del retardo malicioso.

Por otro lado, el mandato de cumplimiento de plazos o de celeridad no se impone rígidamente, dado que entra en juego la tutela judicial efectiva, debiéndose compatibilizar ambos aspectos (STC 32/1999, de 8 de

⁵⁰ Esta Sentencia fue casada en STS 1243/2009, de 30 de octubre, para calificar por prevaricación del 446.3, por entender que el retraso se provocó mediante una serie de decisiones de «obstrucción beligerante» que integra la idea de resolución injusta. A propósito de esta Sentencia, debe recordarse que el delito de retardo es omisivo en la medida en que se evita dictar la resolución debida, es decir, la que da satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, en ocasiones, supone el dictado de otras resoluciones —comportamiento activo— retardatorias o que exigen a las partes trámites no contemplados en el procedimiento, pudiéndose entender que estas resoluciones pueden encajar en el concepto de resolución injusta de la prevaricación. Se genera así un concurso de normas que puede resolverse por la regla 1ª del art. 8 de especialidad en favor del retardo o por la regla 4ª —calificación más grave— en favor de la prevaricación.

marzo), de manera que, en ocasiones, se pueda admitir un incumplimiento del plazo o de la celeridad si resulta necesario para garantizar la resolución debida. Además, el derecho protegido en el art. 24.2 CE es a no sufrir dilaciones indebidas, lo que supone, en primer lugar, que hay «dilaciones no indebidas» y, en segundo lugar, que este precepto «no ha constitucionalizado un derecho a los plazos procesales... ha constitucionalizado el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable» (STC 5/1985, de 23 de enero). Debe aclararse que la expresión «derecho a un proceso en plazo razonable»⁵¹, utilizada en normativa supranacional, no puede identificarse con el cumplimiento de los plazos legales, sino con una duración razonable del procedimiento, en la que caben dilaciones, pero no caben dilaciones indebidas.

El de dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado que se determina en base a una serie de criterios elaborados por el TEDH, a los que se añaden otros establecidos en España por el TS y el TC: comportamiento de las partes y de la autoridad judicial, complejidad del caso, interés que arriesga el que padece las dilaciones, margen normal de duración de cada tipo de procedimiento y sobrecarga puntual y no previsible del servicio de Justicia. En relación a este último criterio, el TEDH considera que las dilaciones provocadas por causas estructurales y crónicas de la Justicia no impiden la calificación de indebidas. Lo anterior es relevante cuando analizamos el delito de retardo, porque no se podrá afirmar el retardo malicioso por sobrecarga de asuntos si el juez, víctima de esa sobrecarga, no esconde tras de ella un fin ilegítimo.

Más arriba hemos dicho que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el bien jurídico del retardo malicioso, lo que supone que dilación indebida y retardo delictivo pueden aparecer en un mismo supuesto, y esto será frecuente, pero que no es necesario que se dé esa coincidencia para afirmar la tipicidad y, al contrario, es posible un retardo malicioso sin afirmarse la vulneración del derecho del art. 24.2 CE. Cuestión distinta es que se quiera limitar la tipicidad del art. 449 entendiendo que la misma no empieza hasta que no se constate la vulneración del derecho. Así, García Arán afirma que no hay antijuridicidad material si el retraso no constituye dilación indebida y que las maniobras dilatorias que se produzcan antes de la conculcación del derecho fundamental son atípicas⁵². Aunque se pueda admitir esta limitación que mira a la antijuridicidad material, ello no obliga a decir que el bien jurídico en el retardo sea el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el delito no castiga un retraso o una dilación indebida, sino un retardo malicioso. En el sentido

⁵¹ Art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y art. 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, firmado en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁵² Ob. cit., pp. 175-176. En el mismo sentido se manifiesta FERRER BARQUERO, «La vertiente omisiva...», ob. cit., p. 374.

aquí sostenido, López Barja de Quiroga afirma que el concepto de dilaciones indebidas es absolutamente objetivo y no toma en cuenta el dolo del juez (es más, puede haber dilación indebida por estar el juzgado vacante) y que en el retardo malicioso debe determinarse si la dilación o retardo es imputable al juez, no bastando un periodo de tiempo dilatado⁵³.

Además de lo anterior, es posible apreciar graves retrasos en un procedimiento que no siendo imputables al juez —el juez no retrasa nada—, lo son a la mala gestión de la Administración de Justicia, a la carencia de medios o a una compleja tramitación procesal, que llevan a la violación del derecho del art. 24.2 CE imputable al Estado y no al juez. Lo que separa el delito de retardo de la dilación indebida debe buscarse en que el ilícito penal es un comportamiento imputable a un juez (o a los otros sujetos señalados en el art. 449) que provoca el retardo por razones ilegítimas; por lo contrario, la vulneración del derecho fundamental puede darse en las siguientes situaciones distintas a la de retardo malicioso: situación estructural de retraso endémico, falta de medios materiales o personales del servicio de Justicia; compleja tramitación exigida por la ley; mala gestión por desidia o desorganización de los asuntos imputables al juez; actuación imprudente del juez (no se tipifica el retardo imprudente); comportamiento de otros sujetos (las partes que retardan el procedimiento con una actuación obstruccionista). Ninguna de estas causales de las dilaciones indebidas se puede identificar con el retardo malicioso. La STC 36/1984, de 4 marzo, refiriéndose al excesivo volumen de trabajo, indica que esta situación exculpa al juez de responsabilidad penal y disciplinaria. Y esta afirmación del TC debe mantenerse aunque sea posible declarar la conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por tratarse de una sobrecarga estructural.

Lo que caracteriza el delito del art. 449 no es la mayor o menor dilación, sino el retardar el dictado de la resolución debida buscando un fin ilegítimo y ese retardo podrá afirmarse en el momento en el que se puede decidir y no se hace por razón ilegítima. En definitiva, aun pudiendo existir un ámbito de coincidencia entre el retardo malicioso y la dilación indebida, sin embargo no se presentan necesariamente vinculados, ni uno es requisito del otro⁵⁴. En otras palabras, el delito y la vulneración del derecho pueden aparecer como círculos secantes o no, pero no son círculos concéntricos. Si el retardo requiriese de la constatación de que ha habido una dilación inde-

⁵³ *Manual de Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, Akal, 1992, p. 227. RAMOS TAPIA considera que es inadecuado configurar el retardo como lesivo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque lo que se castiga es el retardo malicioso y no el incurrir en dilación indebida (ob. cit., pp. 477-478).

⁵⁴ Se rechaza aquí la afirmación de que «siempre que haya retardo malicioso mediarán dilaciones indebidas, pero no al contrario (E. MORENO Y BRAVO, «Aproximación al delito de prevaricación del artículo 449 CP 1995: retardo malicioso en la Administración de Justicia (A propósito de la STS de 20 de enero de 2003)», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003, p. 268)

bida, debería seguirse la necesidad de que el TC declarase en vía de amparo la vulneración del derecho, lo que en la realidad no es necesario.

Es más, como se ha indicado, cabe plantearse que el delito se consuma en el momento referido —se puede resolver y no se hace maliciosamente, sin que todavía pueda apreciarse una dilación indebida—, aunque con posterioridad se acabe dictando la resolución debida. En este sentido la STS 550/2004, de 20 de mayo, condenó por retardo malicioso a un juez que suspendió sin causa la ejecución de una sentencia y que debió abstenerse y no lo hizo, desatendiendo las muchas solicitudes en ese sentido que resolvía con argumentaciones absurdas, hasta que se pidió pieza separada de recusación que admitió, pero sin formar la pieza separada y sin tramitar la recusación, para acabar resolviendo el fondo sin referencia a la recusación. También se condenó por cohecho, al recibir dinero a cambio de su actuación y por prevaricación propia por no abstenerse cuando existía causa legal para ello y por no tramitar la recusación. El dictado tardío de la resolución no impidió la condena por retardar maliciosamente la ejecución de una sentencia.

Lo que sí puede ocurrir en la práctica es que el retardo malicioso no aflore o no pueda probarse hasta que no sea posible ver una dilación no justificable; así, si se está en tiempo razonable para dictar una resolución, pero ya ha decidido el juez que la va a retardar para favorecer a una parte con la que tiene amistad (escondiendo una querella para que se alcance la prescripción), será difícil probar el retardo, pero ya existe la malicia y, sin embargo, no puede hablarse de dilaciones indebidas.

La situación fáctica descrita será habitual, pero ello no autoriza a afirmar que el bien jurídico protegido sea el derecho a no padecer dilaciones indebidas, desplazando o cohabitando con el derecho a la tutela efectiva y el deber de actuación jurisdiccional.

Cierto es que la confusión puede ser consecuencia de la posición que se adopte en relación con la autonomía (o no) de los derechos del art. 24.1 CE —tutela judicial— y del art. 24.2 CE —proceso sin dilaciones indebidas—. Puede adelantarse que en este punto la doctrina del TC no es uniforme. A partir de la STC 24/1981, de 14 de julio, se afirma que ambos derechos son autónomos, siendo consecuencia de esa afirmación que la resolución tardía da cumplimiento a la tutela judicial, pero no al proceso sin dilaciones. Así, planteado el amparo constitucional por una actuación retardada, pero que acaba con el dictado de la resolución debida, se considera que se ha satisfecho el derecho a la tutela (hay resolución, aunque sea tardía), pero queda incumplido el derecho a la tramitación en plazo razonable (porque ha habido dilación indebida, lo que no se neutraliza con la resolución tardía⁵⁵). Esta autonomía en el tratamiento y en

⁵⁵ Se ha concedido el amparo por dilaciones indebidas, incluso en los casos en los que tras la interposición del recurso de amparo y antes del dictado de la correspondiente

las consecuencias jurídicas de los dos derechos no es obstáculo para reconocer que existe entre ambos una vinculación sociológica —la justicia tardía no es justicia— (STC 5/1985, de 23 de enero, entre otras muchas), pero no jurídica y que ambos derechos, aun siendo autónomos, no son compartimentos estancos, al presentarse el derecho a un plazo razonable como instrumental del derecho a la tutela efectiva⁵⁶. En otras palabras, la STC 324/1994, de 20 de diciembre, aun reconociendo la autonomía de los dos derechos, afirma que están íntimamente relacionados y que debe establecerse entre ellos un equilibrio que permite afirmar la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pero reconociendo que ese derecho opera vinculado al resto de derechos procesales: el tiempo razonable es necesario para hacer valer la tutela efectiva. En este sentido, más arriba hemos dicho que en ocasiones se pueda admitir un incumplimiento del plazo o de la celeridad si resulta necesario para garantizar la resolución debida.

En lo que aquí importa y a la vista de la autonomía de los derechos a la tutela y a no padecer dilaciones indebidas, entendemos que en el retardo malicioso el bien jurídico protegido es la tutela judicial efectiva enmarcada en el deber de ejercer la jurisdicción, es decir, el mismo visto para la prevaricación y para la negativa a juzgar. Lo anterior no impide admitir dos cosas: 1ª) que el escenario en el que aflorará el retardo malicioso puede ser el de la vulneración del derecho a un plazo razonable, siendo muy difícil la prueba fuera de ese marco y 2ª) que el principio de intervención mínima puede aconsejar negar la antijuridicidad material en los supuestos en los que hay una actuación maliciosa, pero en los que no se dan los requisitos objetivos para afirmar una dilación indebida y se acaba resolviendo.

sentencia constitucional, el órgano judicial ha acabado por dictar la resolución que se había estado retardando. Entre otras muchas, la STC 124/1999, de 28 de junio, sostiene que «aunque cese la inactividad, no desaparece el objeto del proceso constitucional pues la dilación indebida no se repara por una actuación tardía». Debe señalarse que en este punto la respuesta del TC no es uniforme porque hay resoluciones que no entran a conocer el amparo si el proceso ha concluido antes de interponerse la demanda de amparo, entendiendo que hay falta de objeto. En realidad, lo mismo podría decirse del supuesto en el que la resolución se dicta tras la interposición del amparo, lo que podría entenderse como una falta de objeto sobrevenida. Al final, algunas resoluciones del TC, aun partiendo de la autonomía de los dos derechos, acaban confundiéndolos. Así lo considera E. PEDRAZ PENALVA al señalar que el TC afirma, a la vez, que la resolución tardía satisface el derecho a la tutela efectiva y que la resolución tardía es falta de tutela («El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en J.L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac (coordinadores), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos, núm. 2, Castellón de la Plana, 1997, p. 392. En otro lugar he mantenido la misma posición que Pedraz (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica*, ob. cit., pp. 128-136).

⁵⁶ En este sentido puede verse el voto particular de Gimeno Sendra a la STC 83/1989, de 10 de mayo y J. V. GIMENO SENDRA, «El derecho a un proceso sin dilación indebida», en *Poder Judicial*, núm. Especial 1, 1986, pp. 51-52.

El retardo malicioso se imputa al juez (o a los otros sujetos indicados en el art. 449), mientras que las dilaciones indebidas se imputan al Estado. Para condenar por retardo no es necesario probar las dilaciones, ni obtener amparo constitucional por vulneración del derecho al plazo razonable, ni ser acreedor de una indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ni que se den los requisitos para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

En el delito de retardo falta la resolución debida, lo que es consecuencia, no de una situación de dilación indebida, sino de la búsqueda de fines ilegítimos por parte del juez.

5. Conclusiones

1. La resolución debida es la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. En el delito de prevaricación la resolución debida se sustituye por una que es «injusta». En la negativa a juzgar y en el retardo malicioso la resolución debida se elude sin causa que lo justifique o se retarda maliciosamente.

2. La resolución debida que se opone a la prevaricadora —injusta, retardada o eludida— puede ir referida a cualquiera de las cuatro facetas de la tutela judicial efectiva que contempla el art. 24.1 CE: acceso a la jurisdicción, resolución motivada en Derecho, ejecución y recursos.

3. La tutela judicial efectiva en el marco del deber de ejercer la potestad jurisdiccional es el bien jurídico de las tres figuras delictivas analizadas.

4. La prevaricación no tiene por finalidad depurar la interpretación y sus resultados; tampoco es un castigo contra el juez «disidente» que no acata la interpretación establecida, proponiendo otra.

La sola falta de motivación de la resolución no lleva al injusto de prevaricación, si la resolución, aún inmotivada, no es injusta.

5. Solo son idóneas a los efectos de la prevaricación las resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ —sentencia, auto y providencia— y las resoluciones de los plenos jurisdiccionales del art. 264 LOPJ.

Las resoluciones dictadas fuera del marco jurisdiccional, en el ejercicio de función gubernativa o disciplinaria son «acuerdos» —art 244 LOPJ— y no pueden dar vida a un delito de prevaricación; tampoco es resolución jurisdiccional el voto particular —art. 260 LOPJ—.

6. La dificultad de definir lo «injusto» a los efectos de la prevaricación aconseja hacer una delimitación negativa que deje fuera del ámbito del delito una serie de resoluciones que, aun no siendo conformes a Derecho o encerrando un error o una interpretación minoritaria o novedosa, sin

embargo, no pueden tenerse por «injustas». La prevaricación no es la contrariedad a la ley, sino la contrariedad a todas las posibles interpretaciones que pueden hacerse de la ley conforme a los criterios interpretativos del CC.

No es «injusta» la resolución que se recurre con éxito, ni la que se opone a la doctrina de una instancia judicial superior, aunque sea el TS.

7. La independencia judicial supone que los jueces están sometidos solo a la ley y no jerárquicamente a sus superiores, que solo pueden corregir sus interpretaciones en vía de recurso. Esa independencia y la libertad de interpretación no pueden ser cercenadas por el delito de prevaricación; muy al contrario, la independencia y la libertad de interpretación son un límite al tipo de prevaricación.

8. En el sistema español no existe jurisprudencia vinculante *a priori*, ni si quiera la del TS, incluidas las sentencias de casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. La jurisprudencia del TS no es fuente del Derecho al no estar contemplada en el art.3.1 CC; la jurisprudencia sirve para «complementar» el ordenamiento —art. 3.6 CC—, pero no para completarlo, porque el ordenamiento está completo —art. 3.7 CC—, no reconociéndose las lagunas de Derecho, aunque puedan existir lagunas de ley que se resuelven por autointegración.

9. Solo las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces, *a priori* y *a posteriori* —arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC—, sin que sea posible eludir sus interpretaciones, por lo que desobedecer al TC nos coloca en el escenario de la prevaricación.

10. Son resoluciones atípicas para la prevaricación las siguientes: la que se equivoca en la determinación de los hechos o en la selección de la norma aplicable; la que se equivoca en la interpretación de la norma, pero no es irracional; la que opta por una interpretación novedosa o minoritaria cubierta por la libertad de interpretación; la que desobedece la doctrina de un órgano superior mediante una interpretación admisible; la que se corrige al resolver un recurso; la que da lugar al amparo constitucional por vulneración del derecho a la legalidad.

11. La negativa a juzgar debe analizarse en los dos escenarios típicos: que no haya causa legal que justifique la negativa y que se preteje una imposibilidad por oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley en contra de lo ordenado por el CC en el art. 3.7 —resolver en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes— y por la LOPJ en el art.11.3 —resolver siempre—. El ordenamiento jurídico es pleno y sin espacios vacíos y cualquier supuesto debe tener una respuesta en Derecho conforme a las fuentes.

Cualquier posible oscuridad de la ley debe solventarse acudiendo a los métodos de interpretación.

En materia de Derecho Penal, cualquier «laguna» que quiera verse se resuelve declarando la atipicidad, porque en la ley penal no hay lagunas, sino decisiones del legislador de no castigar ciertos comportamientos.

Como en la prevaricación, el bien jurídico en el retardo es el derecho a la resolución debida y el deber de ejercer la jurisdicción. Lo mismo puede decirse para el retardo malicioso.

12. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el bien jurídico del retardo, pero sí puede ser su escenario, permitiendo que aflore y posibilitando su prueba. La existencia de dilaciones indebidas puede actuar como límite, a partir del que se afirme la antijuridicidad material.

El retardo solo es típico si es malicioso, o sea, si busca un fin ilegítimo.

No existe un derecho constitucional a los plazos o al mandato de celeridad, pero sí al plazo razonable modulado por las exigencias de la tutela judicial efectiva.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es autónomo en relación al derecho a la tutela judicial efectiva; así lo afirma el TC, aunque en ocasiones parece olvidar esa autonomía.

El retardo malicioso es imputable al juez; la dilación indebida es imputable al Estado. El retardo malicioso y la dilación indebida pueden aparecer como círculos secantes, pero no son círculos concéntricos.

El retardo malicioso se consuma cuando se puede resolver y no se hace por razón ilegítima, sin requerirse la existencia de una dilación indebida, ni del amparo constitucional por vulneración del plazo razonable, ni que se de el supuesto que genera derecho a indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ni que se den los requisitos para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

Bibliografía

- BACIGALUPO, E. «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en J. JIMENEZ VILLAREJO, *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, 2001, pp. 129-152.
- BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, Milano, Giuffré, 1873, pp. 17-22.
- BENLLOCH PETIT, G. «¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), pp. 305-338.

- CÓRDOBA RODA, J. en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ AVILÉS J. A. y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. «Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Madrid, BOE, 2020, pp. 489-512.
- FERRER BARQUERO, R. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- «La vertiente omisiva de la prevaricación judicial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, n. 143, 2002-2003, pp. 324-374.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008.
- GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GÜIDI CLAS, E. M. *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, Bosch, 2006.
- GIMENO SENDRA, J. V. «El derecho a un proceso sin dilación indebida», en *Poder Judicial*, núm. Especial 1, 1986, pp. 47-60.
- HAVA GARCÍA, E. «Prevaricación judicial», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 811-845.
- JAÉN VALLEJO, M. «La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04 (2002), pp. 1-12.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Manual de Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, Akal, 1992.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Barcelona, Grupo Difusión, 2006.
- «Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10-02 (2008) <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf> (consultado el 30 de enero de 2024).
- «Independencia judicial y resolución injusta en el delito de prevaricación judicial», en I. Díez Pícazo Giménez y J. Vega Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Ramón Areces, 2016, pp. 1955-1979.
- MORENO Y BRAVO, E. «Aproximación al delito de prevaricación del artículo 449 CP 1995: retardo malicioso en la Administración de Justicia (A

- propósito de la STS de 20 de enero de 2003», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003, pp. 267-280.
- ORTS BERENGUER, E. *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9, 10ª del Código Penal)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, p. 13.
- PEDRAZ PENALVA, E. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en J.L. GÓMEZ COLOMER y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, núm. 2, Castellón de la Plana, Estudis Jurídics, 1997, pp. 383-407.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M. *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ramón Areces, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G. «De la prevaricación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 6ª ed., 2011, pp. 1327-1342.
- RAMOS TAPIA, M. I. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ROSADO IGLESIAS, G. «Independencia y responsabilidad judicial», en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 29, 2006, pp. 59-106.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J. *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SALAH PALACIOS, E. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libro, 2015.
- TORÍO LÓPEZ, A. «Tipicidad. Referencia a la Teoría de los tipos abiertos», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Vinculación del juez a la ley penal*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 7-34.

EL REGRESO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: LAS SALAS ESPECIALES DE KOSOVO Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DURANTE UN CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

D. Abraham Martínez Alcañiz

Comandante auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho.

***Title:** The return of customary law as a source of international criminal law: the Kosovo Special Chambers and arbitrary detention during a non-international armed conflict.*

Resumen: Las Salas Especiales de Kosovo han recuperado el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal, apartándose del principio de legalidad estricto que impera en la Corte Penal Internacional. Esto ha supuesto que dichas Salas se conviertan en nuevos legisladores del Derecho penal internacional, reconociendo un nuevo crimen internacional hasta ahora desconocido, el crimen de guerra de detención arbitraria en un conflicto armado de carácter no internacional. La configuración de este nuevo delito por parte de las Salas se fundamenta en las normas de derechos humanos, dificultando su comprensión como crimen de guerra.

Palabras clave: Tribunales híbridos, Derecho consuetudinario, principio de legalidad, detención arbitraria y conflicto armado de carácter no internacional.

***Abstract:** The Kosovo Special Chambers have recovered customary law as a source of criminal law, moving away from the strict principle of legality that prevails in the International Criminal Court. This has meant that these Chambers have become as a new legislator of international criminal law, recognizing a new international crime hitherto unknown, the war crime*

of arbitrary detention in a non-international armed conflict. The configuration of this new crime by the Chambers is based on human rights standards, making it difficult to understand it as a war crime.

Keywords: *Hybrid tribunal, customary law, principle of legality, arbitrary detention and non-international armed conflict.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Las Salas Especiales de Kosovo: un nuevo modelo de tribunal híbrido. - 2.1. Origen y tipología de los tribunales híbridos. - 2.2. Antecedentes, características y base legal de las Salas Especiales de Kosovo. - 3. El principio de legalidad. - 3.1. Aspectos básicos del derecho doméstico. - 3.2. El principio de legalidad en el orden internacional. - 3.3. El principio de legalidad en el Derecho penal internacional. - 3.4 El principio de legalidad en las Salas: la importancia del Derecho consuetudinario. - 4. Aproximación al concepto de detención arbitraria. - 4.1. En el *ius in bello*. - 4.1.1. Conflictos armados internacionales. - 4.1.2. Conflictos armados de carácter no internacional. - 4.2. En las normas de derechos humanos. - 5. Delimitación por las Salas de la detención arbitraria como crimen de guerra durante un conflicto armado de carácter no internacional. - 5.1. Naturaleza del crimen de guerra. - 5.1.1. Delito alternativo: de comisión y omisión. - 5.1.2. Delito de resultado, permanente y pluriofensivo. - 5.2. Conducta punible. - 5.3. Bien jurídico-penal. - 5.4. Sujeto pasivo. - 5.5. Elementos normativos del tipo penal. - 5.5.1. Detención sin fundamento legal. - 5.5.2. Respeto de las garantías procesales básicas. - 5.6. Elemento subjetivo del injusto. - 5.7. ¿Nos hallamos ante una violación de una norma humanitaria? - 5.8. ¿Delito de ultraje contra la dignidad personal? - 6. Conclusiones.

1. Introducción

El Derecho penal internacional continúa en desarrollo. Las Salas Especiales de Kosovo (en adelante, las Salas) han configurado un nuevo delito desconocido hasta el momento en las normas convencionales. Nos referimos al crimen de guerra de detención arbitraria cometido durante un conflicto armado de carácter no internacional. El Derecho consuetudinario, nuevamente, y con toda la problemática que suscita su aplicación en el orden penal internacional, se ha erigido en fuente del Derecho, como antaño sucediera con los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda. Que estos tribunales *ad hoc* desarrollasen el Derecho penal internacional mediante la norma no escrita se justifica por la paupérrima codificación de esta materia en aquella época. No en vano, para evitar que determinadas conductas execrables para la humanidad quedasen impunes por aspectos contextuales —como podía ser su comisión en un conflicto armado internacional o en uno de carácter no internacional— los tribunales *ad hoc* efectuaron una labor integradora de las normas humanitarias. Lo que se pretendía era que el espíritu y finalidad de aquellas normas alcanzase a las víctimas de cualquier conflicto armado, de suerte que lo criminal en un conflicto armado internacional también pudiera serlo en uno de carácter no internacional. Esto se logró con la ayuda del Derecho consuetudinario, aunque en el camino se pusiera en tela de juicio el respeto al principio de legalidad. Siendo consciente la comunidad internacional de esta problemática, en la codificación del Derecho

penal internacional —cuyo máximo exponente es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte)— se reconoció un principio de legalidad estricto, semejante al existente en los ordenamientos domésticos. Por ello, se tipificaron aquellas conductas que formaban parte del Derecho consuetudinario y que amenazaban o menoscababan la paz y seguridad internacional, así como el bienestar de la humanidad, siendo, por otro lado, de suma importancia en esta labor delimitadora de los crímenes internacionales el trabajo realizado previamente por los tribunales *ad hoc*. De esta manera, el Derecho penal internacional emprendía un nuevo camino en el que la norma no escrita ya no tendría la relevancia que en tiempos pasados adquirió.

Con la constitución de las Salas se ha vuelto a recuperar el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho. La aplicación de la costumbre por las Salas ha dado sus frutos, encontrándonos ahora con un nuevo crimen internacional desconocido hasta el momento. Nos referimos al crimen de guerra de detención arbitraria acaecido en una contienda armada de carácter no internacional. ¿Era necesario acudir al Derecho consuetudinario para sancionar penalmente en el orden internacional las detenciones arbitrarias realizadas en un conflicto armado de carácter no internacional? El propósito de este estudio es dar respuesta a este interrogante, analizando la naturaleza de las Salas como tribunal híbrido, sus antecedentes y base legal para su constitución, así como la manera en la que se regula el principio de legalidad. Una vez hecho lo anterior, nos aproximaremos al concepto de detención arbitraria atendiendo a las normas del *ius in bello* y de derechos humanos. Por último, analizaremos los elementos del tipo penal configurado por las Salas, de suerte que ello nos permitirá dar respuesta al interrogante previamente planteado.

2. Las Salas Especiales de Kosovo: un nuevo modelo de tribunal híbrido

2.1. Origen y tipología de tribunales híbridos

El apogeo de la Justicia penal internacional se justifica por la finalización de la denominada guerra fría. Este acontecimiento facilitó la toma de decisiones en el órgano político más importante de la comunidad internacional, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Esto fue gracias a la confianza, respeto y voluntad que mostraron los Estados más relevantes —desde un punto de vista político— en la codificación y desarrollo del Derecho internacional. Una de las parcelas del *ius gentium* que no habían sido debidamente codificadas era el de la Justicia y el Derecho penal internacional. Desde la creación de los tribunales militares internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente, así como de la aprobación de los principios de Derecho internacional reconocidos en el Es-

tatuto y la sentencia del juicio de Núremberg, el asunto de la constitución de un tribunal penal internacional y su jurisdicción no fueron desarrollados¹. La comunidad internacional prefirió aprobar normas sectoriales que formaban parte de esta rama incipiente del Derecho internacional en lugar de codificar integralmente el Derecho penal internacional². Todo cambió a principios de los años noventa del siglo pasado con los trágicos acontecimientos ocurridos en la antigua República Federal de Yugoslavia y la situación de violencia armada de Ruanda, a lo que habría que unir la voluntad política del momento, propiciando que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tomase cartas en el asunto mediante la constitución de sendos tribunales *ad hoc* con competencia para enjuiciar crímenes internacionales³ como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, incluidos los cometidos en una contienda armada de carácter no internacional⁴. Posteriormente, con la

¹ Cfr. UN. Doc. A/CN.4/22, de 12 de abril de 1950, por el que se aprueban los principios de Núremberg, así como la Res. 177 (II), de 21 de diciembre de 1947, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se encarga a la Comisión de Derecho Internacional la conveniencia y posibilidad de crear un tribunal penal internacional. Para un mayor detalle sobre el desarrollo del Derecho penal internacional, cfr. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 37 y ss., BOLLO AROCENA, M.^a, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas de su represión*, País Vasco, Universidad del País Vasco, 2004, p. 423 y ss., TORRES PÉREZ, M.^a, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 33 y ss., WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 41 y ss., AMBOS, K., *Treatise on international criminal law, Vol. I: foundations and general part*, Oxford, University Press, 2013, p. 1 a 23, CASSESE, A., *International criminal law*, Oxford, University Press, 2008, p. 317 y ss., LIÑÁN LAFUENTE, A., Origen y evolución del derecho penal internacional, *Derecho Penal Internacional*, Dirs.: GIL, A., y MACULÁN, E., Madrid, Dykinson, 2016, p. 51 y ss.

² Tras finalizar la segunda guerra mundial se aprobaron entre otras las siguientes normas: la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (I), relativo a los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (II), relativo a los prisioneros de guerra (III), y relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (IV), la Convención de la Haya, de 4 de mayo de 1954, sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, la Convención de 30 de noviembre de 1973 sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, los Protocolos de 8 de junio de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra, el I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI), y el II sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (en adelante, PAII).

³ El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia se constituye por la Resolución núm. 827, de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mientras que el Tribunal Internacional Penal para Ruanda se hace por la Resolución núm. 955, de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴ Una de las características más relevantes del Tribunal Internacional Penal para Ruanda radica en que por primera vez se tipifica como crimen de guerra las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y las violaciones graves del Protocolo II, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de suerte que, por un lado, los crímenes de guerra ya no son exclusivos

constitución de la Corte Penal Internacional se culmina, en principio, el desarrollo de la Justicia penal internacional, en tanto en cuanto ya había un tribunal permanente capaz de enjuiciar aquellos crímenes internacionales que pertenecían al Derecho consuetudinario⁵.

Los tribunales *ad hoc*, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del Derecho penal internacional, fueron criticados por la lentitud de sus procedimientos, por su coste económico y por su legitimidad. Para solucionar lo anterior se instituyeron otros tribunales que, bajo la denominación de híbridos, podían juzgar crímenes internacionales. Estos tribunales estaban integrados por jueces nacionales e internacionales, aplicaban tanto normas domésticas como internacionales y, sobre todo, su creación se sustentaba en un acuerdo previo, libre y voluntario del Estado con las Naciones Unidas, no siendo, por lo tanto, una imposición de la comunidad internacional, reforzándose así su legitimidad y la soberanía estatal. Además, los costes económicos de estos tribunales eran menores, ya que la comunidad internacional no tenía que sufragar en su integridad sus gastos, al producirse un reparto de aquéllos entre el Estado y la comunidad internacional. Además, los tribunales híbridos podían llegar allá donde la Corte no lo hacía, evitándose así que los crímenes internacionales quedasen impunes, amén de que, a su vez, se robustecía la administración de justicia del Estado y se fortalecía el Estado de Derecho⁶. Con estos alicientes se auguraba un futuro prometedor para los tribunales híbridos, al conjugar las ventajas de los tribunales internacionales y de los domésticos⁷. A modo de ejemplo, los tribunales híbridos más característicos que se instituyeron fueron el Tribunal Especial de Sierra Leona⁸, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya⁹, los Paneles Especiales en Timor Leste¹⁰, el Tribu-

de las contiendas armadas internacionales y, por otro lado, se reconoce que los crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas de carácter no internacional son también crímenes internacionales, *cfr.* LA HAYE, E., *War crimes in internal armed conflicts*, Cambridge, University Press, 2008, p. 131 y ss.

⁵ Cuestión diferente es la competencia de la Corte, la cual no es absoluta al tratarse de una norma convencional, por lo que aquellos Estados que no lo han ratificado o se han adherido a la misma no les resultará aplicable, salvo que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remita una situación al Fiscal de la Corte o hayan aceptado puntualmente el sometimiento a su jurisdicción.

⁶ *Cfr.* NOUWEN, S., «Hybrid Courts. The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts», *Utrecht Law Review*, núm. 2, 2006, p. 191.

⁷ MUHARREMI, R., «The Kosovo Specialist Chambers and Specialist prosecutors Office», *Zaörrv*, núm. 76, 2016, p. 969; OCHS, S.L., y WALTERS, K., «Forced Justice: The Kosovo Specialist Chambers», *Duke Journal of Comparative and International Law*, núm. 32, 2022, p. 247.

⁸ El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona se acuerda por Resolución núm. 1315, de 14 de agosto de 2000, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁹ Se crean por acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya, *cfr.* Resolución núm. 57/228, de 22 de marzo de 2003.

¹⁰ Los Paneles Especiales traen causa de la administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Leste, por la Resolución núm. 1272, de 25 de octubre de 1999.

nal Especial para el Líbano¹¹ o las Salas para los crímenes de guerra de Bosnia y Herzegovina¹².

La tipología de los tribunales híbridos resultaba variada. Existían dos modelos diferentes, un modelo de tribunal internacional y otro de tribunal doméstico internacionalizado¹³. El primero era aquel que no estaba integrado en un sistema judicial doméstico aunque contenía elementos nacionales (jueces nacionales y aplicación de normas domésticas), como sucedió con el Tribunal Especial para Sierra Leona o el Tribunal Especial para el Líbano; mientras que el segundo era aquel que sí estaba integrado dentro de un sistema judicial doméstico aun conteniendo elementos internacionales (jueces extranjeros y aplicación de normas convencionales), tal y como sucedió con las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya, las Salas para los crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina o los Paneles Especiales en Timor Leste. Sea como fuere, una característica común de ambos modelos era que la sede del tribunal estaba en el territorio en donde se habían cometido los crímenes internacionales, en aras a reforzar su legitimidad y la soberanía del Estado¹⁴ a excepción del Tribunal Especial del Líbano.

2.2. *Antecedentes, características y base legal de las Salas Especiales de Kosovo.*

La situación en el territorio de Kosovo era sumamente complicada al finalizar la guerra contra las fuerzas gubernamentales serbias en los años 1998 y 1999, máxime cuando las autoridades del país habían abandonado sus cometidos en el territorio por imposición internacional, a causa de la administración interina del territorio acordada por las Naciones Unidas (UNMIK), lo que incluía la administración de justicia¹⁵. Aunque

¹¹ Este tribunal se constituye tras el acuerdo entre el gobierno del Líbano y las Naciones Unidas, *cfr.* Resolución núm. 1757, de 30 de mayo de 2007, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

¹² Estas Salas se crearon para los casos que no podían juzgarse por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia porque los investigados no eran los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos, de ahí que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instase su creación, estando compuestas al principio por jueces internacionales, aunque posteriormente su presencia se ha laminado, *cfr.* Resolución núm. 1534, de 26 de marzo del 2004, del Consejo de Seguridad.

¹³ *Cfr.* MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 989; *cfr.* WILLIAMS, S., «The Specialist Chambers of Kosovo. The limits of internationalization?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 14, 2016, p. 26.

¹⁴ CIMIOTTA, E., «The Special Chamber's and the Specialist Prosecutor's Office in Kosovo. The regionalization of the international criminal justice in context», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 14, 2006, p. 60.

¹⁵ Res. 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se constituye la misión UNMIK de administración interina del territorio de Kosovo; *cfr.* NOUWEN, S., *op. cit.*, p. 196.

el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia podía juzgar los crímenes internacionales cometidos en el territorio de Kosovo su finalidad era enjuiciar a los principales y máximos responsables, de ahí que los casos que no fuesen dirigidos a los principales responsables fueran remitidos a la UNMIK. Esto determinó la necesidad de crear un tribunal internacional para enjuiciar los crímenes internacionales cometidos durante la guerra de Kosovo. De esta forma surgen los Paneles Especiales, al amparo de la Regulación núm. 64/2000, con una composición mixta (jueces internacionales y nacionales). Por otro lado, con la declaración unilateral de independencia de Kosovo del Estado de Serbia en el año 2008 cesó la administración interina de la UNMIK haciéndose cargo de sus cometidos la Misión Civil de la Unión Europea en Kosovo para el imperio de la ley (en adelante, EULEX)¹⁶. Dicho esto, el suceso determinante para la creación de las Salas fue la presentación por la fiscal del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia de una memoria sobre la situación en Kosovo durante y tras la guerra, en la que manifestó que los integrantes del grupo armado *Kosovo Liberation Army* (en adelante, KLA) cometieron diversos crímenes sobre nacionales serbios que residían en el territorio de Kosovo, quienes eran detenidos y trasladados a centros de detención ubicados en dicho territorio o en Albania, en donde eran torturados y sometidos a graves abusos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la vista de la gravedad de lo expuesto, nombró un secretario para que investigara lo denunciado, elaborándose así el informe *Marty* que corroboró los temores mostrados por la fiscal, añadiendo que presuntamente los responsables de estos delitos eran antiguos líderes del grupo armado KLA que ocupaban en el momento de la elaboración del informe puestos de responsabilidad política en el territorio de Kosovo¹⁷. Por su parte, EULEX creó un grupo especial para investigar lo denunciado en el informe *Marty*, siendo uno de sus cometidos la investigación de los crímenes de guerra, actos de terrorismo y otros crímenes graves que se hubieran cometido en dicho territorio, incluyendo, si fuera necesario, la participación de jueces y fiscales internacionales en colaboración con las autoridades judiciales de Kosovo¹⁸. Esta colaboración judicial dio lugar a los tribunales EULEX que estaban incardinados en el sistema judicial de Kosovo. Sin embargo, su duración fue escasa en el tiempo a causa de

¹⁶ OCHS, S.L., y WALTERS, K., *op. cit.*, p. 254 y 255.

¹⁷ Doc. 12462, 7 de enero de 2011, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking human organs in Kosovo*, Committee on legal affairs and human rights, Parliamentary Assembly Rapporteur Dick Marty. La población kosovar no aceptó el informe *Marty*, máxime cuando los principales líderes políticos de ese territorio eran antiguos líderes guerrilleros del KLA que habían obtenido en elecciones la representatividad del pueblo, *cfr.* STEFANIA CATALETA, M.^a, «The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial system», *Journal of International Criminal Law*, núm. 3, 2022, p. 2.

¹⁸ *Cfr.* Acción Común 2008/124/ PESC del Consejo, de 4 de febrero de 2008 (versión inicial).

que los jueces internacionales fueron poco a poco marginados en favor de jueces nacionales, así como porque desde EULEX se delegó en la justicia doméstica el enjuiciamiento de los crímenes de guerra¹⁹. Con estos antecedentes se constituyeron las Salas mediante un intercambio de cartas entre EULEX y las autoridades kosovares, no habiendo, a diferencia de otros tribunales híbridos, un acuerdo internacional *inter partes* para la creación del tribunal²⁰. Habida cuenta de que el mandato de EULEX estaba por expirar en el año 2014 las autoridades kosovares solicitaron su prórroga, llegando a manifestar que si de las investigaciones del grupo de investigación de EULEX se desprendía una acusación por crímenes de guerra se constituiría un tribunal especial dentro del sistema judicial kosovar con un fiscal especial. EULEX aceptó esta propuesta y las cartas intercambiadas fueron incorporadas al Derecho doméstico de Kosovo mediante la Ley núm. 04/L-274, de 23 de abril de 2014, generando así obligaciones jurídicas para las autoridades kosovares²¹. Por su parte, el grupo de investigación de EULEX concluyó que los líderes del KLA estaban implicados en la comisión de crímenes de guerra contra nacionales serbios, siendo uno de los comportamientos denunciados el de detenciones arbitrarias²². Con fundamento en las obligaciones asumidas por el intercambio de cartas las autoridades kosovares modificaron el art. 162 de su Constitución y aprobaron por ley la creación de las Salas y la Oficina Especial del Fiscal de las Salas, con competencia para investigar, perseguir y juzgar los crímenes internacionales cometidos en Kosovo durante la guerra en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000, dotándose así de soporte legal al tribunal²³.

Lo característico de las Salas es que el nombramiento de los jueces y fiscales corre a cargo de EULEX, siendo todos ellos internacionales; la financiación y administración de medios de los jueces, fiscales y personal administrativo corre a cargo de EULEX; la ubicación de las Salas no está en Kosovo, sino en La Haya; los documentos y archivos que se generan por el trabajo judicial de las Salas no pertenece a Kosovo sino a EULEX; las Salas —integradas dentro del sistema judicial kosovar— tienen primacía respecto del resto de salas judiciales; la competencia material de las Salas se circunscribe a enjuiciar crímenes internacionales,

¹⁹ Cfr. OCHS, S.L., y WALTERS, K., *op. cit.*, p. 258.

²⁰ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 29.

²¹ CIMIOTTA, E., *op. cit.*, p. 56.

²² MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 974; cfr. Report S/2014/558, de 1 de agosto de 2014.

²³ La ley por la que se crean las Salas y la Oficina de Fiscal es la Ley núm. 5/L-053, de 3 de agosto de 2015, cfr. STEFANIA CATALETA, M^a, *op. cit.*, p. 6; cfr. PIGNATELLI y MECA, F., *Tratado sobre los crímenes de guerra en el derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 478 a 482; cfr. SAN JUAN, C., «Alcance y limitaciones de los tribunales híbridos II: Salas Especiales de delitos graves en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, Salas Extraordinarias de África (SEA) y Tribunal Especial para Kosovo», *Alcance y Límites de la Justicia Internacional*, Coord.: OLÁSOLO ALONSO, H., BUITRAGO REY, N.E., BONILLA TOVAR, V., CANOSA CANTOR, J, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 590 y ss.

así como otra serie de delitos domésticos; las Salas y el fiscal especial pueden interactuar directamente con la policía judicial de Kosovo; y las Salas no pueden imponer deber alguno de cooperación o asistencia a otros Estados u órganos internacionales. Atendiendo a lo expuesto, algunos autores entienden que las Salas se asemejan a un modelo de tribunal híbrido internacional, principalmente porque los jueces y fiscales no son nacionales sino internacionales, son nombrados por EULEX, no teniendo facultad alguna las autoridades kosovares en su nombramiento y la sede del tribunal está en los Países Bajos y no en Kosovo²⁴. Otros, centrándose más bien en aspectos formales, consideran que nos hallamos ante un tribunal doméstico internacionalizado, toda vez que la base legal de las Salas se halla en el ordenamiento jurídico kosovar, esto es, en su Constitución y en la Ley que lo crea, estando además integradas en el sistema judicial kosovar²⁵. En nuestra opinión, las Salas representan un modelo *sui generis* de tribunal híbrido desconocido hasta el momento —máxime cuando tienen personalidad jurídica, pudiendo suscribir acuerdos internacionales en materia de cooperación judicial con terceros Estados, previo acuerdo con la Asamblea de Kosovo²⁶—, hallándonos así ante un tercer modelo de tribunal híbrido que podría conceptuarse como un tribunal internacional nacionalizado. Entendemos que lo importante reside en lo sustantivo, de ahí que sostengamos que sea un tribunal internacional, pero no podemos desconocer los aspectos formales singulares que lo caracterizan, como es su integración en el sistema judicial kosovar, por lo que el tribunal internacional sería nacionalizado.

3. El principio de legalidad

3.1. Aspectos básicos del Derecho doméstico

Con carácter general en los ordenamientos domésticos impera en el ámbito penal un principio de legalidad estricto, fundamentado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, con excepción de los sistemas de *common law* en donde la costumbre todavía desempeña un papel a tener en cuenta²⁷. Del postulado antedicho se desprende que solo podrá

²⁴ MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 992.

²⁵ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 27 y 30; STEFANIA CATALETA, M^a, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 986; WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 49; CIMIOTTA, E., *op. cit.*, p. 66; *cfr.* Art. 4 y art. 55 de la Ley 05/L-053, de 3 de agosto de 2015; *cfr.* STAHN, C., *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, University Press, 2019, p. 206 y 207.

²⁷ En referencia a los sistemas de *common law* hay que significar que la mayoría de ellos han definido en sus leyes aquellas conductas constitutivas de delito, quedando la costumbre muy reducida como fuente de derecho, *cfr.* LEIDER, R., «The modern common law of crime», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 111, núm. 2, 2021, p. 415.

sancionarse penalmente aquel comportamiento que está previamente tipificado (*lex praevia*) en una ley (*lex scripta*) que describe la conducta reprochable (*lex certa*), no pudiendo realizarse una aplicación analógica de la norma penal a otros comportamientos no previstos en aquella (*lex stricta*)²⁸. La aplicación estricta del principio de legalidad refuerza las garantías de todo sistema democrático configurado como un Estado de Derecho, todo ello en beneficio de la seguridad jurídica²⁹, pues antes de la comisión de la conducta reprochable el justiciable ha podido tener acceso a la norma penal y prever que su comportamiento comporta responsabilidad penal. No menos importante es que con el respeto del principio de legalidad se garantiza además la libertad. Las sociedades se desenvuelven mediante usos y costumbres que cristalizan en normas sociales aceptadas generalmente, de ahí que su transgresión se considere un acto reprochable merecedor de una sanción. Pero para sancionar penalmente los comportamientos reprochables es necesario su tipificación como delito. De esta manera se dan a conocer aquellas conductas que menoscaban o ponen en peligro bienes jurídicos-penales, de suerte que se sabe lo que se puede y no se puede hacer, pues todo aquello que no esté tipificado como delito no podrá ser reprochable penalmente³⁰.

Va de suyo reseñar que el principio de legalidad forma parte del núcleo duro de los denominados derechos fundamentales de las normas constitucionales³¹, con las consiguientes garantías judiciales que ello conlleva³². Lo reseñable de este principio en el ámbito doméstico es que la única fuente del Derecho que puede determinar qué comportamientos son delictivos es la ley —norma escrita que constituye un reflejo de la voluntad popular y que proviene de un estamento democrático—, quedando la costumbre relegada a otros menesteres del Derecho penal, como pudiera ser, a modo de ejemplo, dotar de contenido a las circunstancias atenuantes de la pena³³.

²⁸ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 51 y ss.

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 176.

³⁰ Para un mayor detalle sobre el principio de legalidad, cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 36; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, Vol. II, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 336 y 380; JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 25 a 43; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 85 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2008, p. 105 y ss.

³¹ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, p. 137.

³² Cfr. PECES-BARBA, G., *Derechos Fundamentales. Teoría General*, Guadiana de Publicaciones, Madrid-Barcelona, 1973, p. 237 y ss.

³³ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 53.

3.2. El principio de legalidad en el orden internacional

El postulado *nullum crimen nulla poena sine lege* no resulta ni muchos menos desconocido en el orden internacional³⁴. No en vano, este principio pertenece al selecto club de normas *ius cogens*, siendo imperativa su aplicación³⁵. En este sentido, el apartado 2º del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*»³⁶. Este principio fue posteriormente codificado con una redacción muy parecida en el art. 7 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, Convención Europea), en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (en adelante, Pacto Internacional) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Este principio se caracteriza en el orden internacional por no exigir las garantías formales propias del orden doméstico, permitiendo que la conducta reproachable sea sancionada penalmente con base en normas no escritas, legitimándose al Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal. Esto no debería resultar extraño si la valoración de las

³⁴ Cfr. Decision of the Special Tribunal to Lebanon, *Case núm. STL-11-01/I*, Interlocutory Decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration and cumulative charging, 16 February 2011, párr. 32; por otro lado, el Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, reconoce el principio de legalidad en su art. 99, al indicar que «*a ningún prisionero de guerra podrá incoársele procedimiento judicial o condenársele por un acto que no se halle expresamente reprimido por la legislación de la Potencia en cuyo poder esté o por el Derecho internacional vigente en la fecha en que se haya cometido dicho acto*». Lo importante de esta norma es que debe analizarse a la luz de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cfr. PICTET, J.S., *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, Geneva, ICRC, 1960, p. 470.

³⁵ Decision of the Special Tribunal to Lebanon, *Case núm. STL-11-01/I*, Interlocutory Decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration and cumulative charging, 16 February 2011, párr. 76. La naturaleza *ius cogens* del principio se justifica porque nos hallamos ante un derecho que no puede ser derogado, y que ocupa un lugar prominente, cfr. Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Vasiliauskas v. Lithuania*, Application núm. 35343/05, 20 October 2005, párr. 153; MERON, T., *The Making of international criminal justice. A view from the Bench. Selected speeches*, Oxford, University Press, 2011, p. 35.

³⁶ La Declaración Universal al ser una resolución de la Asamblea General no genera obligaciones jurídicas para los Estados, aunque con el paso del tiempo ha adquirido un valor importante al cristalizar muchos de los derechos reconocidos en aquella en Derecho consuetudinario, cfr. PONCE MARTÍNEZ, C.F., «La Declaración universal de derechos humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos», *Anuario de la facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002, p. 253 y ss.

normas aplicables se hace bajo el prisma del Derecho internacional, ya que en este orden la costumbre es fuente del Derecho³⁷. Ahora bien, esta posición colisiona con la concepción de los ordenamientos domésticos que requieren de una norma escrita, previa, emanada del Parlamento y que describa el delito para satisfacer la garantía formal del principio.

¿Por qué la comunidad internacional configuró un principio de legalidad flexible? La respuesta se halla en los juicios de Núremberg. Ni el crimen contra la paz ni el crimen contra la humanidad estaban sancionados penalmente en norma convencional alguna, lo que provocó que el tribunal militar acudiese a la norma no escrita para colmar los vacíos formales existentes para sancionar penalmente estos delitos. La comunidad internacional tenía que legitimar la nueva concepción del principio de legalidad emanada de Núremberg, y ello pasaba por incluir la costumbre como fuente del Derecho penal³⁸. La primera medida adoptada fue la redacción del apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea —cuyo contenido es semejante al del apartado 2º del art. 15 del Pacto Internacional—, el cual prevé una cláusula de excepción al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable³⁹. Su finalidad era evitar que con el nuevo sistema de derechos humanos se pudieran anular los juicios de Núremberg por la violación del postulado de legalidad⁴⁰, y su aplicación tenía lugar cuando los hechos que querían enjuiciarse fuesen constitutivos de delito según los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. Esta referencia a los principios generales del Derecho cuanto menos resulta desafortunada, pues no son idóneos para describir una conducta antijurídica⁴¹, más allá de que su finalidad es otra bien distinta⁴², de ahí que en la actualidad esté en desuso

³⁷ Cfr. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 26 de junio de 1945; GALLANT, K., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge, University Press, 2009, p. 158; cfr. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo», *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, Dir.: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., Madrid, Tecnos, 2009, p. 379.

³⁸ GALLANT, K., *op. cit.*, p. 171.

³⁹ El apartado 2º del art. 7 del Convenio Europeo establece que «El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas», en similares términos se pronuncia el apartado 2º del art. 15 del Pacto Internacional.

⁴⁰ GIL GIL, A., «La excepción al principio de legalidad del núm. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)», *ADCPCP*, Vol. LXIII, 2010, p. 134 y ss.; SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford, University Press, 2015, p. 352.

⁴¹ BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 251; GIL GIL, A., *op. cit.*, p. 139; RAUTER, T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Springer, Salzburg, 2017, p. 58.

⁴² El objeto de los principios generales del Derecho es ayudar a la interpretación de las normas convencionales o consuetudinarias, colmar lagunas cuando no hay norma

y los tribunales no se refieren a ella⁴³. Muestra de ello es que las Salas en el caso *Hashim Thaci et al* cuando analizan el apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea, a causa del alegato de que se habían incorporado delitos en la Ley retroactivamente, respondieron que lo importante era que la conducta reproachable fuese delictiva en el momento de los hechos, ya fuera con base en normas convencionales o consuetudinarias, siendo innecesaria cualquier referencia al apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea⁴⁴. De esta manera, las Salas refrendan la idea de que la Convención Europea no permite la aplicación retroactiva de nuevos delitos al amparo del Derecho internacional, debiendo ser, en todo caso, la conducta constitutiva de delito en el momento de su comisión⁴⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avalado esta configuración del principio de legalidad, llegando a sostener que es una parte esencial de todo Estado de Derecho⁴⁶, que el término *law* de la norma no debe interpretarse estrictamente de manera que impida a aquélla adaptarse a las situaciones cambiantes⁴⁷, por lo que este término abarcaría tanto la norma escrita como la no escrita⁴⁸, siendo, en todo caso, más importantes los aspectos materiales de la norma que los formales⁴⁹. En suma, el principio de legalidad está plenamente reconocido en el orden internacional, eso sí, de una manera mucho más flexible que en el orden doméstico, al permitir que la norma no escrita sea fuente del Derecho penal, dándose primacía a las garantías materiales del principio antes que a las formales, por lo que lo importante es que la norma que describe la conducta reproachable sea accesible y previsible para el justiciable, en el sentido de que conozca que su comportamiento está prohibido y que tiene consecuencias penales.

alguna aplicable y reforzar el razonamiento jurídico y uniformidad del sistema jurídico internacional, *cfr.* Doc. UN. A/CN.4/753, de 18 de abril de 2023, 3º informe del Secretario General sobre los principios generales del Derecho, párr. 35.

⁴³ *Cfr.* SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 353 a 355.

⁴⁴ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 93.

⁴⁵ *Cfr.* GALLANT, K., *op. cit.*, p. 192.

⁴⁶ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Korbely v. Hungary*, Application 9174/02, 19 September 2008, párr. 69.

⁴⁷ Judgment of the EHRC (Court Plenary), *The Sunday Times v. United Kingdom*, Application 6538/74, 26 April 1979, párr. 49.

⁴⁸ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *S.W. v. The United Kingdom*, Application 20166/92, 22 November 1995, párr. 35; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kononov v. Latvia*, Application 36376/04, 17 May 2010, párr. 185; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Application 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22 March 2001, párr. 50.

⁴⁹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kafkaris v. Cyprus*, Application 21906/04, 12 February 2008, párr. 139.

3.3. *El principio de legalidad en el Derecho penal internacional*

Para la Justicia penal internacional el respeto del principio de legalidad ha sido una premisa insoslayable sin la cual su legitimidad quedaría en entredicho. Incluso en el juicio de Núremberg, en donde hubo una crítica exacerbada sobre la violación de este postulado, al no estar tipificado en norma alguna el crimen contra la paz o los crímenes contra la humanidad, se justificó el respeto de este postulado⁵⁰. Resulta célebre la argumentación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg para salir de este entuerto delimitando el principio de legalidad no como una garantía del justiciable sino como un principio de justicia que no limitaba la soberanía del Estado, entendiendo que lo injusto no era condenar a una persona por cometer una atrocidad no sancionada penalmente, sino que lo injusto era dejar impune un comportamiento contrario a las reglas morales y éticas de la sociedad. La comprensión del principio de legalidad como una regla de justicia sustantiva se halla en esta argumentación⁵¹. Por lo tanto, aquellos actos que no estuvieran tipificados pero que fueran profundamente contrarios a las reglas éticas y morales de la sociedad internacional podían ser punibles, de suerte que la única manera para lograrlo era acudir al Derecho consuetudinario⁵².

La consideración del principio de legalidad como regla de justicia sustantiva fue esencial para el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia en el desarrollo del Derecho penal internacional, lo que supuso la transformación de este postulado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine iure*. Lo importante para los tribunales *ad hoc* era la norma consuetudinaria, aunque no se reconociese como como fuente del derecho en sus Estatutos⁵³. Esta relevancia del Derecho consuetudinario se debe a

⁵⁰ El Tribunal Militar sostuvo que el principio de legalidad era un principio fundamental del Derecho (internacional y nacional), *cfr.* Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 1 October 1946, *American Journal of International Law*, Vol. 41, núm. 1, 1947, p. 217; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, p. 1266 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Vol. I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 100, consideraba que muchas de las conductas de los justiciables eran antijurídicas, pero no típicas; *cfr.* OLLÉ SESÉ, M., *Principios Generales, Derecho Penal Internacional*, Dirs.: GIL, A., y MACULÁN, E., Madrid, Dykinson, 2016, p. 158 y ss.

⁵¹ CASSESE, A., *op. cit.*, p. 37 a 40; *cfr.* OLÁSOLO ALONSO, H., «El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo», ANIDIP, Vol. I, 2013, p. 22 a 25.

⁵² Judgment of the International Military..., *op. cit.*, p. 219.

⁵³ El tribunal *ad hoc* de Ruanda sostuvo que sus fuentes del derecho eran su Estatuto y el Derecho consuetudinario, *cfr.* Judgment of the ICTR (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Kajelijeli*, 23 May 2005, párr. 209; Judgment of the ICTR (Trial Chamber), *Prosecutor v. Semanza*, 15 May 2003, párr. 341; *cfr.* SCHABAS, W., «Customary Law or «Judge-Made» Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals», *Legal Regime Of International Criminal Court. Essays in honour of Professor Igor Blischenko*, Ed.: DORIA, J., GASSER, H.P., y BASSIOUNI, M.C., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 79 y 80. El Secretario General de Naciones Unidas indicó que el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia aplicaría

que estos tribunales fueron constituidos con carácter *ex post facto* a la comisión de los delitos, por lo que solo la norma no escrita respetaba el principio de legalidad. Nadie dudaba que el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad eran crímenes internacionales, pues así se estableció en los Principios de Núremberg (a excepción del genocidio, cuya configuración como delito internacional viene dada convencionalmente). La norma no escrita permitió a los tribunales *ad hoc* sostener que los comportamientos enjuiciados en el momento de su comisión eran delictivos en el orden internacional. Pero, además, mediante la aplicación primaria de la costumbre estos tribunales se constituyeron en auténticos cuasi legisladores del Derecho penal internacional, castigando conductas que convencionalmente no estaban calificadas como crímenes de guerra⁵⁴. Esto supuso un problema, pues la norma no escrita tenía que ser lo suficientemente precisa en la descripción del desvalor de la conducta, a fin de que pudiera aplicarse⁵⁵.

De otra parte, la manera en la que los tribunales *ad hoc* determinaron la existencia de una norma consuetudinaria tampoco resultó ajena a la crítica. Dieron preferencia a la *opinio iuris* frente a la práctica estatal generalizada⁵⁶, por lo que con la mera alusión a la existencia de tratados internacionales, manuales militares, opiniones diplomáticas autorizadas o leyes nacionales, entendían que concurría un sentimiento de obligación jurídica hacia la norma en cuestión, lo que dio lugar a una

principalmente aquellas normas de DIH que perteneciesen al Derecho consuetudinario, *cfr.* UN Doc. S/25704, 20 May 1993, párr. 34.

⁵⁴ El tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia por mor del Derecho consuetudinario consideró como crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional el atacar a la población civil (*caso Strugar*), las represalias contra la población civil (*caso Kupresic*) o el atacar a la población civil con el fin de aterrorizarla (*caso Galic*), conductas todas ellas que no son consideradas convencionalmente como crímenes de guerra, aunque muchas de ellas sí están prohibidas expresamente; *cfr.* OLÁSOLO ALONSO, H., *op. cit.*, p. 31; la jurisprudencia del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia demuestra la preferencia por el Derecho consuetudinario frente al convencional, *cfr.* Judgment (Appeal Chamber), *Prosecutor, v. Galic*, 22 March 2001, párrs. 83 y 86.

⁵⁵ El Derecho consuetudinario no puede satisfacer siempre el principio de legalidad, de ahí la necesidad de que la norma no escrita sea codificada o tipificada, *cfr.* BASSIOUNI, M.C., *op. cit.*, p. 251 y 252.

⁵⁶ La Comisión de Derecho Internacional sostiene que debe concurrir en todo caso una práctica estatal generalizada que sea aceptada como Derecho. La cuestión es que también se dice que las evidencias que sirvan para acreditar uno de estos elementos pueden ser válidas para acreditar el otro, por lo que con idénticas pruebas se podrían acreditar tanto la práctica generalizada como su aceptación como Derecho (estas evidencias pueden consistir en la aprobación de normas legales, decisiones judiciales, publicación de manuales militares, informes de asesores jurídicos, correspondencia diplomática, etc.), *cfr.* Doc. UN. A/73/10, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, p. 126, 141. En este documento también se dice que las publicaciones del CICR, aunque no son un ejemplo de práctica estatal, sirven para identificar el elemento objetivo de la costumbre, *cfr.* p. 136.

nueva doctrina consuetudinaria⁵⁷. A su vez, estos tribunales para valorar el principio de legalidad acudieron a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, por lo que entendían que no había violación alguna si el justiciable tenía acceso a la norma y ésta era previsible⁵⁸. Este criterio se ha mantenido por las Salas cuando afirman que resulta suficiente para acreditar que los investigados conocen la norma consuetudinaria su elevado *status* dentro del grupo armado KLA, lo que *per se* hace que tengan grandes responsabilidades y poderes con acceso a mucha información. Además, entienden que, a causa de los tratados internacionales suscritos por la antigua Yugoslavia, los delitos tipificados en su Código Penal, el marco legal general surgido tras la segunda guerra mundial y los procesos penales seguidos en el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia, aquéllos son igualmente conocedores de que su comportamiento era constitutivo de un crimen internacional que comportaba responsabilidad penal⁵⁹.

Por último, con la constitución de la Corte Penal Internacional se ha culminado *prima facie* el desarrollo del Derecho penal internacional. La Corte está sujeta, por mor de lo previsto en el art. 22 del Estatuto de Roma, a un principio de legalidad estricto, semejante al de los órdenes domésticos y más alejado del aplicado por los tribunales *ad hoc*, de manera que el Derecho consuetudinario carece ahora de la importancia que antaño tuvo⁶⁰. La comunidad internacional consideró que el Derecho penal internacional debía discurrir por un sendero de seguridad jurídica en el que se respetasen estrictamente las garantías del justiciable, lo que

⁵⁷ Cfr. FRULLI, M., «The contribution of International Criminal Tribunals to development of International Law: The prominence of *opinio iuris* and the moralization of customary law», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, núm. 14, 2015, p. 80 y ss.; VAN DER WILT, H., «State practice as element of customary international law: A white knight in International Criminal Law?», *International Criminal Law Review*, 2019, p. 1 y ss.; GALAND, A.S., «Approaching custom identification as a conflict avoidance technique: Tadic and Kupreskic revisited», *Leiden Journal of International Law*, núm. 31, 2018, p. 403 y ss.; STAINO, F., «Customary international law as a source of individual criminal responsibility. Reflections in the wake of the Abd-Rahman judgment», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 20, 2022, p. 982 y ss.

⁵⁸ La accesibilidad consiste en que el justiciable tenga acceso al contenido de la norma, por lo que ha tenido que ser publicada, divulgada o comunicada; mientras que la previsibilidad supone que el justiciable debe saber que su conducta es reprochable, por lo que su contenido debe ser claro y lo más preciso posible, satisfaciéndose esta exigencia a causa de su profesión, estatuto o asesoramiento previo obtenido, cfr. Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Cantoni v. France*, Application núm. 17862/91, 11 November 1996, párr. 35; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kononov v. Latvia*, Application núm. 36376/04, 17 May 2010, párrs. 235 a 239.

⁵⁹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 103 y 104.

⁶⁰ SCHABAS, W., «Customary Law ...», *op. cit.*, p. 78; BROOMHALL, B., «Article 22 Nullum crimen sine lege», *The Rome Statute of International Criminal Court*, Ed.: TRIFFTERER y AMBOS, Beck/Nomos/Hart, 2016, p. 954; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 384.

redundaba en una mayor legitimidad de sus actuaciones. Esto se consiguió mediante la instauración de un principio de legalidad estricto que respetase el criterio de *lex scripta* y *lex certa*, asumiéndolo los Estados sin recelo alguno⁶¹. Causa de lo anterior es que la norma consuetudinaria dejó de ser fuente primaria para la persecución de crímenes internacionales⁶². En palabras del profesor Rodríguez Villasante este hito supuso el paso de la prehistoria a la historia, es decir, de la norma no escrita a la escrita⁶³. En cuanto a los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma hay consenso en considerarlos como parte del Derecho consuetudinario⁶⁴, existiendo la posibilidad de que existan otros que no estén tipificados en dicho Estatuto.

3.4. *El principio de legalidad en las Salas: la importancia del Derecho consuetudinario*

El Derecho internacional desempeña un papel esencial en el sistema jurídico de Kosovo y, particularmente, en las normas que regulan las Salas. Fruto de ello, el postulado de legalidad instaurado es más propio del orden internacional que del doméstico. Ahora bien, esta singularidad no debe sorprendernos. Esto se debe a que las Salas son un tribunal híbrido *sui generis*, de suerte que el principio de legalidad se interpreta al amparo del Derecho internacional en detrimento del Derecho doméstico. ¿Por qué se configuró un principio de legalidad flexible? Sencillamente, por la necesidad de juzgar comportamientos cometidos con anterioridad a la constitución de las Salas que no estaban en su integridad sancionados en el orden doméstico vigente en el momento de los hechos. Así las cosas, el apartado 2º del art. 19 de la Constitución de Kosovo otorga una superioridad jurídica a los acuerdos internacionales y normas vinculantes de Derecho internacional frente al resto de normas domésticas kosovares. De esta manera, cualquier conflicto de normas que pudiera suscitarse

⁶¹ Cfr. RAUTER, T., *op. cit.*, p. 45 y 48.

⁶² SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A commentary on the Statute of Rome*, Oxford, University Press, 2010, p. 407.

⁶³ RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L., «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 75, 2000, p. 390.

⁶⁴ SCHABAS, W., «The International Criminal...», *op. cit.*, p. 271 y 409; WERLE, G., *op. cit.*, p. 113; KREB, C., «The International Criminal Court as a turning point in the history of International Criminal Justice», *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed.: CASSESE, A., Oxford, University Press, 2009, p. 143; ZAHAR, A., y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2008, p. 87; el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia consideró el Estatuto de Roma como un texto autorizado que representa la opinión jurídica de un gran número de Estados, siendo un reflejo de la codificación de normas consuetudinarias, cfr. Judgment of Trial Chamber, *Prosecutor v. Furundžija*, 10 December 1998, párr. 227.

debe resolverse en favor de la norma internacional, incluida la consuetudinaria integrante del Derecho internacional general. De otra parte, en el art. 22 de la Constitución de Kosovo se consagra la aplicación directa de una serie de instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, como son, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, manifestando que estas normas convencionales tendrán prioridad sobre cualquier otra ley u actos de otras instituciones públicas. Como colofón, en el apartado 1º del art. 33 de la Constitución de Kosovo se reconoce el principio de legalidad, al indicarse que «*No one shall be charged or punished for any act which did not constitute a penal offense under law at the time it was committed, except acts that at the time they were committed constituted genocide, war crimes or crimes against humanity according to international law*». Esta redacción reconoce la garantía formal del referido postulado (existencia previa de una ley) pero excepciona a los crímenes de guerra, el genocidio o los delitos de lesa humanidad, en cuyo caso opera directamente el Derecho internacional vigente en el momento de los hechos, es decir, lo que comprende tanto las normas convencionales como las consuetudinarias.

Teniendo carta de naturaleza constitucional el Derecho internacional como fuente del Derecho en relación a los crímenes internacionales, la ley por la que se constituyen las Salas no debería tener tacha alguna por regular un principio de legalidad flexible propio del orden internacional. En el apartado 2º del art. 3 de la Ley núm. 5/L-053, de 3 de agosto de 2015, que lleva por título «principios fundacionales» se dispone que las Salas fallarán y funcionarán de conformidad con: 1) la Constitución de Kosovo, 2) la Ley núm. 5/L-053 que es *lex specialis*, 3) las normas domésticas incorporadas en la Ley, 4) el Derecho consuetudinario, el cual es superior jerárquicamente a las normas domésticas kosovares y 5) los derechos humanos reconocidos internacionalmente que también gozarán de superioridad jerárquica frente a la norma doméstica, según establece el art. 22 de la Constitución. Por otro lado, en el apartado 3º del citado art. 3 de la Ley se regula cómo las Salas identifican el Derecho consuetudinario, y será siendo asistidos por las fuentes del Derecho internacional, incluidas las fuentes subsidiarias tales como la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, Corte Penal Internacional y otros tribunales de justicia. En este orden de cosas, el Derecho consuetudinario es parte inherente y primordial del Derecho aplicable por las Salas, no solo porque sea fuente primaria, sino también porque indirectamente tendrán que acudir a ella por medio de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, los cuales aplicaban básicamente normas consuetudinarias. Y todo ello dotando a la norma no escrita de supremacía jerárquica frente a la doméstica, por lo que ante cualquier conflicto de normas primará el *ius gentium*. Además, la Ley núm. 5/L-053 es ley especial, de suerte que será aplicable la

máxima *lex specialis derogat lege generali*, no pudiendo oponerse a aquélla otras normas del ordenamiento kosovar.

Por otro lado, en el art. 12 de la Ley núm. 5/L-053 se regula el «Derecho aplicable», disponiendo que «*the Specialist Chambers shall apply customary international law and the substantive criminal law of Kosovo insofar as it is in compliance with customary international law, both as applicable at the time the crimes were committed, in accordance with Article 7(2) of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 15(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, as incorporated and protected by Articles 19(2), 22(2), 22(3) and 33(1) of the Constitution*». La finalidad de esta norma no es otra que especificar que el Derecho consuetudinario aplicable será solo el vigente en el momento de los hechos. Piénsese que la norma consuetudinaria no es estática sino cambiante, y puede suceder que aquélla haya cambiado con el transcurso del tiempo para adaptarse a la realidad social existente⁶⁵. En consecuencia, una norma no escrita que no estuviera vigente en el momento de los hechos o que hubiera cambiado su contenido no podrá ser aplicada. Para las Salas este precepto resulta capital. De hecho han sostenido que la costumbre internacional se erige como fuente de referencia y primaria⁶⁶, no existiendo problema alguno en que con base en aquélla se criminalice una conducta; pero, además, en caso de conflicto entre las normas domésticas y la norma consuetudinaria aplicable por las Salas prevalecerá esta última⁶⁷.

Con respecto a los crímenes de guerra de competencia de las Salas su enumeración se fundamenta en el Derecho consuetudinario. Otra cosa no puede decirse cuando en el art. 14 de la Ley núm. 5/L-053 que lleva por título «crímenes de guerra al amparo del Derecho internacional», se empieza diciendo que *bajo la costumbre internacional los crímenes de guerra son*, para a continuación enumerar en las letras b) y d) a modo de *numerus apertus* los diferentes tipos de crímenes de guerra bajo la clásica redacción consistente en *including but not limited to, any of the following acts: (...)*. Esta fórmula —utilizada en el Estatuto del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia— abre las puertas a la costumbre como fuente del Derecho penal, permitiendo a las Salas constituirse en auténticos cuasi legisladores con la consiguiente inseguridad jurídica del justiciable. La norma penal describe unos delitos a modo de ejemplo, pero ello no impide que haya otros no enumerados que puedan ser imputados, siendo, por lo tanto, desconocidos por el justiciable. Asimismo, los crímenes de

⁶⁵ THIRLWAY, H., *The sources of International Law*, Oxford, University Press, 2014, p. 83; ROBERTS, E.A., «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», *American Journal of International Law*, núm. 95, 2001, p. 757 y ss.

⁶⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 91 y 99.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 94.

guerra tipificados en la Ley núm. 5/L-053 reproducen los del Estatuto de Roma⁶⁸, los cuales formaban parte del Derecho consuetudinario durante la guerra de Kosovo, no alcanzando a ver la necesidad de configurar una norma penal que admita como fuente del Derecho a la norma no escrita, pues los crímenes de guerra que se pudieron cometer ya estaban codificados en el Estatuto de Roma. La justificación más plausible es que en el Estatuto de Roma no estén tipificados todos los crímenes de guerra que se cometieron en la guerra de Kosovo y que formaban parte del Derecho consuetudinario en aquel momento —en referencia a la detención arbitraria que fue uno de los comportamientos denunciados en el informe Marty que dio origen a las Salas⁶⁹—.

4. Aproximación al concepto de detención arbitraria

La relación existente entre el *ius in bello* y los derechos humanos es una de las más importantes del Derecho internacional. No en vano, la protección de los *core human rights* se erige como una de las razones de ser del Derecho internacional humanitario (en adelante, DIH). Actualmente se acepta la aplicación de las normas de derechos humanos durante un conflicto armado —sin perjuicio de que pueden suspenderse algunas de sus obligaciones, por mor del art. 4 del Pacto Internacional⁷⁰—. Esto en ocasiones dará lugar a un conflicto de normas, dado que algunas normas del *ius in bello* difieren en su contenido de las de derechos humanos. De cualquier forma, durante un conflicto armado aquellas situaciones no reguladas por las normas del *ius in bello* pero sí por las de derechos humanos serán resueltas con base en estas últimas. La relación entre ambas normas no es de exclusión, sino más bien de complementariedad, excepto cuando la norma humanitaria sea ley especial al regular expresamente una situación, en cuyo caso se aplica la máxima *lex specialis derogat lege generali*⁷¹.

⁶⁸ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹ Cfr. Doc. 12462, de 7 de enero de 2011, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking human organs in Kosovo*, Committee on legal affairs and human rights, Parliamentary Assembly Rapporteur Dick Marty, párr. 93.

⁷⁰ Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, Comité de Derechos Humanos, 3 September 2010, párr. 50; DINSTEIN, Y., *The international law of belligerent occupation*, Cambridge, University Press, 2009, p. 69.

⁷¹ Cfr. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, párr. 25; opinión consultiva de 9 de julio de 2004 de la Corte Internacional de Justicia, *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, párr. 106; y sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005, *case concerning armed activity on the territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, párrs. 216-220.

4.1. *En el ius in bello*

El Derecho internacional humanitario regula con detalle los conflictos armados internacionales mientras que la codificación de los de carácter no internacional se encuentra en una situación mucho más precaria. El temor de los Estados a conferir algún tipo de legitimación a los grupos insurrectos, insurgentes o rebeldes que se alzan en armas en el territorio, con el consiguiente menoscabo de su soberanía, es la causa principal del escaso desarrollo normativo de los conflictos armados de carácter no internacional⁷². Las normas convencionales para estas contiendas armadas se limitan a regular aspectos generales y esenciales de la protección del ser humano, sin los detalles existentes para los conflictos armados internacionales, y sin conferir legitimación alguna a la parte contendiente enfrentada con las fuerzas gubernamentales⁷³. No en vano, todo acto de violencia o fuerza que realicen los grupos armados contra las fuerzas gubernamentales serán delictivos según el ordenamiento doméstico⁷⁴.

4.1.1. Conflictos armados internacionales

Al margen de los supuestos en donde los beligerantes pueden detener a una persona por causas delictivas, las normas del *ius in bello* autorizan en este tipo de contienda armada el internamiento de personas protegidas sin mediar causa criminal. En este sentido, el art. 21 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra (en adelante, CGI), confiere *potestas* a las Partes beligerantes para internar a estas personas protegidas desde el momento en que son capturadas y están bajo su poder, debiendo ser puestas en libertad y repatriadas una vez finalicen las hostilidades o cuando padezcan una grave enfermedad o herida, salvo que tengan pendiente alguna causa penal, según se dispone en los art. 118 y 119 del CGI. En el supuesto de que no se produzca su liberación sin una causa justificada podríamos estar ante

⁷² TRUMBULL IV, C.P., Analogies in detentions: distorting the balance between military necessity and humanity, *Virginia Journal of International Law*, núm. 58, 2018, p. 106.

⁷³ CRAWFORD, E., *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*, Oxford, University Press, 2010, p. 78 y 79. El art. 3 común establece que la aplicación de esta norma *no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto*, lo que significa que ninguna modificación habrá en la consideración de rebeldes o insurrectos de los grupos armados enfrentados a las fuerzas gubernamentales según la norma doméstica.

⁷⁴ *Cfr.* DINSTEIN, Y., *Non international armed conflicts in International Law*, Cambridge, University Press, 2014, p. 220. A modo de ejemplo, los miembros de los grupos armados detenidos no gozarán del estatuto de prisionero de guerra, así como tampoco del privilegio del combatiente, pues estas prerrogativas recaen exclusivamente en los combatientes que participan en conflictos armados internacionales, por lo que cualquier acto hostil contra las fuerzas gubernamentales será constitutivo de un delito de atentado contra fuerza armada, lesiones, homicidio, etc.

una infracción grave del DIH, *ex art.* 85.4.b) del PAI⁷⁵. El objeto del internamiento lo es únicamente por cuestiones de seguridad, para evitar que el prisionero de guerra retorne al combate y realice actos de hostilidad.

Por otro lado, los art. 27, 41 a 43 y 78 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (en adelante, CGIV) autorizan a las Partes beligerantes a internar a las personas protegidas por este convenio cuando concurran motivos de seguridad indispensables, ya sea en el territorio de una Parte beligerante contra extranjeros residentes (art. 42 del CGIV) o lo sea contra civiles en territorio ocupado (art. 78 del CGIV). La liberación de las personas internadas tendrá lugar cuando cesen las causas que motivaron el internamiento o cuando finalicen las hostilidades, *ex art.* 132 y 133 del CGIV, aunque si estas personas han sido condenadas podrán seguir internadas hasta la extinción de la condena. Los internamientos de personas civiles sin mediar causa criminal, a consecuencia de la experiencia adquirida tras la segunda guerra mundial por los excesos cometidos, ha sido una cuestión de suma importancia para la comunidad internacional. Ello motivó que en los Convenios de Ginebra se calificase el confinamiento ilegal como una infracción grave del DIH, *ex art.* 147 del CGIV, con las consecuencias jurídicas derivadas por el sistema de eficacia del DIH, en referencia a la aplicación del principio de justicia universal, el deber de los Estados de sancionar penalmente este comportamiento en su ordenamiento y dotar de jurisdicción a sus tribunales para buscar y juzgar a los responsables. Posteriormente, este comportamiento fue tipificado como crimen de guerra tanto en el Estatuto del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia como en el art. 8.2.a) vii) del Estatuto de Roma, siempre para situaciones de conflicto armado internacional. Este injusto ante la Corte puede abarcar supuestos de detención arbitraria no solo de personas civiles, sino también de prisioneros de guerra, o de personal sanitario y religioso, quienes pueden padecer detenciones en el curso de la contienda armada, según se desprende de lo establecido en el art. 28 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (en adelante, CGI)⁷⁶.

Las normas humanitarias referidas no solo determinan cuándo se puede internar a personas civiles, también reconocen una serie de garantías procedimentales que deben observarse. El art. 43 del CGIV relativo a los internados en el territorio de una de las Partes beligerantes permite revisar el internamiento ante un tribunal o consejo administrativo en

⁷⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado que la liberación de todo combatiente al cesar las hostilidades es un principio básico de las leyes de la guerra, *cfr.* Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 12.

⁷⁶ *Cfr.* DÖRMANN, K., *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, University Press, 2003, p. 113 y ss.

el plazo más breve posible, y si se deniega la liberación podrá revisarse esta decisión por los menos dos veces al año. En cuanto a los internados en territorio ocupado, el art. 78 del CGIV establece que la potencia ocupante deberá tener previsto un procedimiento para acordar esta medida privativa de libertad, en el que se reconozca el derecho a interponer el correspondiente recurso de apelación y a que se revise el internamiento semestralmente. Estas garantías no operan para los prisioneros de guerra, cuyo cautiverio no está sometido a revisión judicial o gubernativa alguna, a excepción de los casos de grave enfermedad o herida, *ex* art. 109 y 110 del CGIII. Aunque el internamiento de los prisioneros de guerra puede durar hasta el fin de las hostilidades, en el caso de personas civiles surgen dudas sobre la validez de los internamientos indefinidos o prolongados a causa de la duración del conflicto armado. En este sentido, resulta de ayuda la *praxis* seguida por la Corte Suprema de Israel sobre esta cuestión, ya que en las revisiones judiciales de personas civiles detenidas preventivamente ha considerado el plazo de dos años como el tiempo máximo para permanecer detenido sin mediar causa criminal, considerando que en ese lapso de tiempo el riesgo para la seguridad del Estado habría desaparecido o cuanto menos resultaría difícil acreditar que sigue existiendo⁷⁷. Así pues, los confinamientos prolongados de personas civiles sin mediar causa criminal deben someterse a unas cautelas estrictas, valorando cuidadosamente cada seis meses si siguen concurriendo las causas que motivaron el internamiento, pues de lo contrario la persona se verá sumida en un callejón sin salida hasta que el conflicto armado concluya. Asimismo, el art. 75 del PAI —norma que ha adquirido el *status* de Derecho consuetudinario— contempla otra serie de garantías fundamentales para toda persona detenida por actos relacionados con el conflicto armado, nos referimos al derecho a ser informado en un idioma que comprenda de las razones que han motivado su detención y a ser liberado en cuanto cesen las causas que justificaron la privación de libertad, a excepción de que la detención sea por causa criminal. Sea como fuere, en todo momento las personas detenidas o internadas deberán ser respetadas, tratadas con humanidad y sin distingo alguno desfavorable por razón de su nacionalidad, opinión política, raza, sexo o religión, tal y como se infiere de los art. 13, 27 y 37 del CGIV. La finalidad de estas garantías no es otra que salvaguardar el valor esencial de la libertad del ser humano, sabedores de que en circunstancias de violencia armada es posible que puedan lesionarse otros bienes jurídicos capitales del ser humano durante su detención o internamiento⁷⁸.

⁷⁷ SHANY, Y., «A human rights perspective to global battlefield detention: time to reconsider indefinite detention», *International Law Studies*, Vol. 93, 2017, p. 117.

⁷⁸ Cfr. PICTET, J.S., *Commentary on the IV Geneva Convention to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, ICRC, 1958, p. 207; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, párr. 572.

Teniendo en consideración estas premisas, lo prohibido por las normas humanitarias en situación de conflicto armado internacional es el confinamiento ilegal, esto es, el comportamiento de encerrar a una persona en un espacio cerrado determinado (no abierto). Si bien es cierto que todo confinamiento comporta una detención, pues para encerrar a una persona hay que privarla de libertad, no resulta menos cierto que no toda detención supondrá un confinamiento, ya que puede concurrir la privación de libertad de una persona en un espacio abierto sin estar encerrada. Así pues, aunque la detención y el internamiento guardan semejanza nos hallamos ante comportamientos diferentes, siendo esto corroborado en el art. 5 del PAII, norma humanitaria aplicable a las personas privadas de libertad en los conflictos armados de carácter no internacional, en donde se diferencia a los detenidos e internados. No en vano, nuestro legislador sabedor de las diferencias existentes entre ambas figuras ha definido la detención ilegal, tipificada en el art. 165 del Código Penal, como aquella conducta consistente en encerrar o detener a una persona privándole de su libertad. Dicho esto, el confinamiento ilegal ha sido analizado por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia sin hacer mención a la diferencia anteriormente apuntada, lo que redundará en la confusión de ambos comportamientos. Este tribunal ha sostenido que el internamiento sin mediar causa criminal solo puede producirse por motivos absolutamente necesarios de seguridad, sin que la nacionalidad del detenido o su ideología política sirvan de fundamento para su privación de libertad; que el término «seguridad» resulta ambiguo, teniendo mucha libertad los beligerantes para delimitarlo, de ahí que la medida de privación de libertad deba ser excepcional y motivada, concurriendo circunstancias conocidas y demostrables de que el justiciable participa o va a participar en alguna actividad que pone en riesgo la seguridad de la Parte beligerante —tales como el sabotaje o el espionaje—, no siendo suficiente el criterio de la edad militar de la persona⁷⁹. Igualmente, la pertenencia a un grupo armado constituye *per se* una amenaza a la seguridad, pero debe acreditarse que esta pertenencia supone la realización de actos hostiles, no bastando un mero apoyo ideológico o moral⁸⁰. También el tribunal *ad hoc* consideró que habrá una detención o confinamiento ilegal cuando la privación de libertad se produzca sin que concurren las causas absolutamente imprescindibles de seguridad o

⁷⁹ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 16 November 1998, párrs. 576 y 577; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Prilic'et al.*, 29 May 2013, párr. 134; cfr. OLSON, L.M., «Admissibility of and procedures for internment», *The 1949 Geneva Conventions. A commentary*, Ed.: CLAPHAM, A., GAETA, P., y SASSOLI, M., Oxford, University Press, 2015, p. 1328.

⁸⁰ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 16 November 1998, párr. 568.

cuando aun existiendo dichas causas de seguridad las garantías previstas en los art. 43 y 78 del CGIV no hayan sido respetadas⁸¹.

4.1.2. Conflictos armados de carácter no internacional

El debate suscitado en torno a si en este tipo de conflicto armado las Partes contendientes están autorizadas para detener o internar resulta mayúsculo, habiendo una ingente aportación doctrinal al respecto tanto en un sentido afirmativo como negativo. Nadie discute que las detenciones o internamientos en los conflictos armados son incidencias que ocurren en el curso de la guerra, esto es, hechos que forzosamente suceden en este contexto de violencia armada⁸². Estas incidencias estaban reguladas solamente en las normas del *ius in bello* para los conflictos armados internacionales. Sin embargo, tras la eclosión de los derechos humanos nos encontramos con otras normas que regulan también las detenciones e internamientos en cualquier situación, y no cabe duda alguna que deben observarse. En el ámbito convencional del *ius in bello* concerniente a los conflictos armados de carácter no internacional (art. 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo II Adicional), las normas aplicables guardan un incómodo silencio sobre esta cuestión, de tal manera que no autorizan a los contendientes para internar o detener pero, a su vez, tampoco lo prohíben⁸³, limitándose a regular una situación *de facto* característica de todo conflicto armado, a saber, cómo debe tratarse a toda persona detenida o internada, sin enumerar las causas que permiten la detención o internamiento, ni quiénes la pueden llevar a cabo, ni su duración⁸⁴. No habiendo pues título legal alguno de naturaleza convencional que autorice a los contendientes a internar a personas en los conflictos

⁸¹ Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 320; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Prilic'et al.*, 29 May 2013, párr.139.

⁸² JENKS, C., y TALBOT JENSEN, E., «Indefinite detention under the laws of war», *Stanford Law & Policy Review*, Vol. 22, núm. 1, 2011, p. 46; la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos confirma este criterio respecto de los combatientes y combatientes irregulares, *cfr.* Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 10.

⁸³ GOODMAN, R., The detention of civilians in armed conflict, *American Journal of International Law*, Vol 103, núm. 1, 2009, p. 50; *cfr.* PEJIC, J., Procedural principales and safeguards for internment/administrative detención in armed conflict and other situations of violence, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 858, 2005, p. 377, sostiene que el internamiento puede realizarse al no estar prohibido y estar regulado en los art. 5 y 6 del PAII; CRAWFORD, E., «Detention in non-international armed conflict», *Asia-Pacific perspectives on International Humanitarian Law*, Ed.: LINTO, S., MCCORMACK, T., Cambridge, University Press, 2019, p. 259 y 260; Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, párrs. 722, p. 225.

⁸⁴ Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict, Chatham House and International Committee of the Red Cross, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, núm. 876, 2009, p. 862.

armados de carácter no internacional sin mediar causa criminal, parte de la doctrina ha recurrido a la aplicación analógica de las normas de los conflictos armados internacionales para solucionar este entuerto⁸⁵, a la existencia de un título legal fundamentado en el Derecho consuetudinario⁸⁶ o a la existencia de una autorización inherente de las normas del *ius in bello*⁸⁷. La aplicación analógica de las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados internacionales a los de carácter no internacional resulta problemática, en tanto en cuanto disponemos de normas de derechos humanos igualmente aplicables que harían innecesario acudir al instituto de la analogía⁸⁸. Además, estas normas protegen mejor a las víctimas y personas protegidas. En cuanto a la existencia de una norma consuetudinaria que autoriza la detención en este tipo de contienda armada los tribunales de justicia del Reino Unido ya han debatido sobre esta controvertida cuestión en el caso *Serdar Mohammed*, ratificando la Corte Suprema el criterio de la *High Court* y *Appeal Court* consistente en que el Derecho consuetudinario no confiere autorización alguna para detener o internar en contiendas armadas de carácter no internacional, siendo el Derecho doméstico el hábitat normal en donde deben hallarse estas autorizaciones⁸⁹. En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Hamdi*, sosteniendo que la base legal para detener en el campo de batalla residía en la autorización del Congreso al uso de la fuerza militar, que no era otra cosa que una norma doméstica⁹⁰. Incluso, las Salas se han aproximado a esta posición jurídica en el caso *Hashim Thaci et al.*, manifestando que en el momento de los hechos enjuiciados (1998-1999) no había norma humanitaria convencional o consuetudinaria alguna que proporcionara base legal para detener en conflictos armados de carácter no internacional⁹¹. Sobre la existencia

⁸⁵ SASSOLI, M., y OLSON, L.M., The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871, 2008, p. 623; GOODMAN, R., *op. cit.*, p. 48 a 50.

⁸⁶ Cfr. BARNSBY, R.E., «Yes we can: the authority to detain as customary international law», *Military Law Review*, núm. 202, 2009, p. 53 y ss.

⁸⁷ Expert meeting on procedural safeguards..., *op. cit.*, p. 863; KLEFFNER, J.K., Operational detention and the treatment of detainees, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Ed.: GILL, T.D., y FLECK, D., Oxford, University Press, 2010, p. 471.

⁸⁸ JON HELLER, K., The Use and Abuse of Analogy in IHL, *Theoretical Boundaries of armed Conflict and Human Rights*, Ed.: OHLIN, J.D., Cambridge, University Press, 2016, p. 233 a 244.

⁸⁹ Supreme Court of U.K., *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, 17 January 2017, párrs. 271 a 276. Esta resolución judicial sostiene que el estudio del ICRC sobre Derecho consuetudinario no dice que exista una norma consuetudinaria que habilite a detener; lo que indica es que la detención arbitraria ha cristalizado en costumbre.

⁹⁰ Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 9 y 12.

⁹¹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 152.

de una autorización inherente de las normas del *ius in bello* aplicables en los conflictos armados de carácter no internacional para detener resulta difícil aceptar esta tesis. Si los Estados Parte hubieran querido conferir algún tipo de autorización a las Partes contendientes lo hubieran manifestado expresamente, como así ha sucedido para los conflictos armados internacionales. De hecho, el propio CICR en un estudio suyo somete a debate esta afirmación⁹². Pero, además, si hubiera una autorización inherente en tales normas del *ius in bello* aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional sería solamente para los Estados, no siendo extensible a los grupos armados⁹³. Lo anterior trae causa de lo previsto en el apartado 1º del art. 3 del PAII, norma que establece que no podrá invocarse disposición alguna del protocolo con objeto de menoscabar la soberanía del Estado o la responsabilidad que le incumbe a su Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden o defender su unidad nacional y la integridad territorial del Estado *por todos los medios legítimos*. De este precepto se desprende que el Estado por medio de su Gobierno puede usar todos los medios legítimos a su alcance para restablecer el orden y mantener la integridad y unidad nacional, lo que se consigue por medio de las normas domésticas vigentes o que apruebe al efecto⁹⁴.

En nuestra opinión, la doctrina del *caso Lotus* consistente en que está permitido hacer a los Estados todo aquello que no esté prohibido podría ayudar a resolver el problema —aun sabiendo que todavía hay dudas sobre el significado de lo permitido, ¿es aquello que está autorizado, aquello sobre lo que hay una facultad discrecional, o aquello que para la norma es indiferente o irrelevante? ⁹⁵—. Al amparo de esta doctrina los Estados, y solo ellos⁹⁶, podrán en un conflicto armado de carácter no internacional internar y detener a personas sin mediar causa criminal siempre que sus leyes domésticas u otro tipo de normas internacionales lo autoricen, toda vez que no hay norma internacional, ni siquiera humanitaria, que lo prohíba. Por lo tanto, la búsqueda del título legal para internar o detener sin mediar causa criminal debe hallarse en otras normas diferentes a las del *ius in bello*, siendo el lugar idóneo para ello el ordenamiento domés-

⁹² Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, párr. 727, p. 226.

⁹³ TEFERRA, Z.M., «National Security and the right to liberty in armed conflict: the legality and limits of security detention in International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, 2016, p. 970 y 971.

⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 970.

⁹⁵ S.S. *Lotus* (France v. Turkey), 1927, Permanent Court of International Justice, núm. 10, September 7; ARMIN VON BOGDANDY, M.R., *The Lotus*, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2006, párr. 15; FOCARELLI, C., *International Law as Social Construct: the struggle for global justice*, Oxford, University Press, 2012, p. 282.

⁹⁶ La doctrina del *caso Lotus* solo es trasladable a los Estados ya que aquélla es un corolario del principio de soberanía e independencia, cfr. HEFFES, E., *Detention by non-state armed groups under International Law*, Cambridge, University Press, 2022, p. 145 y ss.

tico, o incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁹⁷. Así las cosas, siendo de aplicación primaria las normas domésticas en las detenciones o internamientos ocurridos en las contiendas armadas de carácter no internacional, las normas de derechos humanos adquieren una relevancia capital⁹⁸, toda vez que las humanitarias guardan silencio sobre esta cuestión —ni autorizan ni prohíben⁹⁹—. La legitimidad y validez de estas privaciones de libertad deberá resolverse al amparo de las normas de derechos humanos que siguen vigentes en estas contiendas armadas, debiendo atemperarse la norma doméstica a aquélla¹⁰⁰. En conclusión, la clave de bóveda sobre esta cuestión se encuentra en las normas de derechos humanos que han venido a complementar en la medida de lo posible a las normas del *ius in bello*, debiendo considerar a aquellas normas como *lex specialis*, pues la norma humanitaria guarda silencio al respecto¹⁰¹.

4.2. En las normas internacionales de derechos humanos

Las normas convencionales de derechos humanos reconocen la libertad personal como uno de los derechos esenciales del ser humano¹⁰², es decir, como un *core human right*. No en vano, las legislaciones domésticas desde antaño han sancionado penalmente toda detención ilegal y han protegido constitucionalmente la libertad personal¹⁰³. En este sentido, el

⁹⁷ HILL-CAWTHORNE, L., *Detention in non-international armed conflict*, Oxford, University Press, 2020, p. 75; HEFFES, E., *op. cit.*, p. 165; JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276; *cfr.* Legal Commentary on the right to challenge the lawfulness of the detención in armed conflict, ICJ Commentary on elements of the UN Working Group on Arbitrary Detention Basic principales and guidelines on remedies and procederes on the right of anyone deprived of their liberty to Bring Proceedings before a court pertaining to detención in armed conflict, September 2015, Internacional Commission of Jurists, p. 22. En Israel encontramos la *Internment of Unlawful combatants law* del año 2002 que autoriza la detención preventiva de combatientes irregulares, y para las personas que no participan directamente en las hostilidades se aplica la *Emergency Powers Law* del año 1979, que permite la detención preventiva por el plazo de 6 meses, y es prorrogable de manera indefinida y sujeta a revisión judicial cada 3 meses. En el Reino Unido para luchar contra las organizaciones terroristas que operaban en su territorio se aprobó la *Offence Against State (amendment) Act 1940* y la *Northern Ireland Emergency Provisions Act 1973*, leyes que permitían las detenciones preventivas.

⁹⁸ SHANY, Y., *op. cit.*, p. 114; TEFERRA, Z.M., *op. cit.*, p. 972.

⁹⁹ *Detention by Non-State Armed Groups: Obligations under International Humanitarian Law and Examples of How to Implement Them*, ICRC, Geneva, 2023, p. 11; GAVRILOVA, M., «Administrative detention by non-state armed groups: legal basis and procedural safeguards», *Israel Law Review*, Vol. 53, núm. 1, 2020, p. 45.

¹⁰⁰ DOSWALD BECK, L., *Human rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford, University Press, 2011, p. 277.

¹⁰¹ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276.

¹⁰² TEFERRA, Z.M., *op. cit.*, p. 964.

¹⁰³ SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 220. En nuestro ordenamiento penal la detención ilegal o arbitraria ha estado castigada desde el Código

art. 9 del Pacto Internacional establece que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal, que nadie podrá ser sometido a detención arbitraria y que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta. A su vez, esta norma confiere una serie de garantías a todo detenido, como la de ser informado de las causas que motivan la detención, la posibilidad de recurrir a un tribunal para que decida sobre la legalidad de la detención y en el caso que se determine que la misma fue ilegal el derecho a obtener una reparación. A pesar de que este derecho fundamental puede suspenderse, *ex art. 4 del Pacto Internacional*, la prohibición de la detención arbitraria y la facultad de revisar ante un tribunal toda detención son derechos que no podrán suspenderse¹⁰⁴. La efectividad de este derecho requiere que los Estados describan en su ordenamiento las causas legales que permiten privar de libertad a una persona, lo que se hará normalmente mediante leyes procesales, de seguridad pública o defensa nacional, así como regular el procedimiento para detener. Sucintamente, lo característico de la libertad personal consiste en que alcanza a toda persona, sea soldado, refugiado, niño, extranjero¹⁰⁵, etc. Asimismo, resulta de aplicación en situaciones de conflicto armado, sin perjuicio de que cuando las normas del *ius in bello* autorizan la detención o internamiento de una persona esa causa no puede calificarse como arbitraria¹⁰⁶. Por último, toda detención debe ser conforme al Derecho internacional, prohibiéndose la detención arbitraria, la cual no puede asociarse a una detención contraria a ley, pues deberá reunir connotaciones de inadecuación, injusticia, imprevisibilidad, ausencia de las debidas garantías procesales, ausencia de toda razonabilidad, necesidad o proporcionalidad¹⁰⁷.

De otra parte, el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos relativo a la detención arbitraria ha sostenido que la prohibición de detención arbitraria forma parte del Derecho consuetudinario, que está proscriba en tiempo de paz y de conflicto armado, y que concurre, entre otras, en las siguientes situaciones¹⁰⁸: 1) Cuando es imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad; 2) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere

Penal de 1822 (art. 679) hasta el actual Código Penal de 1995 (art.163), llegando a protegerse la libertad del individuo desde la Constitución de 1812 (art. 172.11); POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, p. 32.

¹⁰⁴ Doc. CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, *Observación General núm. 35*, Artículo 9 (libertad y seguridad personal), Comité de Derechos Humanos, párr. 67.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 64.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 10 y 12.

¹⁰⁸ Doc. A/HRC/22/44, 24 December 2012, párr. 38.

a la privación de libertad carácter arbitrario; 3) cuando la privación de libertad constituye una violación del derecho internacional por razones de discriminación basada en el nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, situación económica, opiniones políticas o de cualquier índole, género, orientación sexual, discapacidad u otra circunstancia, y que persigue o puede derivar en la vulneración de la igualdad de los derechos humanos.

Descendiendo al ámbito europeo, en el art. 5 de la Convención Europea no se prohíbe expresamente la detención arbitraria, lo que no significa que la finalidad de la norma no sea proscribirla¹⁰⁹. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo) el concepto de detención arbitraria va más allá de la vulneración o no de la norma nacional, ya que la detención puede ser legal al amparo del Derecho doméstico pero ser arbitraria de conformidad con la Convención Europea, por lo que habrá que atender a la mala fe o engaño de las autoridades en la interpretación de la norma, que la detención sea de conformidad con las causas legales previstas en el art. 5 de la Convención Europea, que haya una conexión entre las causas de la detención y el lugar y condiciones en donde se realiza, y que haya proporcionalidad, es decir, que el sacrificio de la privación de libertad no sea desmedido frente a la ventaja obtenida. El problema del art. 5 de la Convención Europea es que enumera exhaustivamente —a modo de *numerus clausus*— las causas legales por las que una persona puede ser detenida, no mencionándose en ningún caso la detención preventiva por cuestiones de seguridad no vinculadas a una causa criminal¹¹⁰. El Tribunal Europeo en el caso *Hassan* tuvo la ocasión de analizar la compatibilidad de los internamientos del *ius in bello* con la regulación de la Convención Europea en materia de libertad personal, concluyendo que al permitirse los internamientos de prisioneros de guerra y de personas civiles por cuestiones imperiosas de seguridad, la norma europea de derechos humanos debía acomodarse e interpretarse al amparo de aquéllas¹¹¹. De esta manera, los internamientos en los conflictos armados internacionales al amparo del *ius in bello* no serán arbitrarios ni contravendrán el art. 5 de la Convención Europea¹¹². No obstante, el Tribunal Europeo perdió una ocasión única para solventar las dudas existentes en torno a los conflictos armados de carácter no internacional, pues nada dijo al respecto, por lo que sigue

¹⁰⁹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Selahattin Demirtas v. Turkey*, Application 14305/17, 20 December 2020, párr. 311.

¹¹⁰ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Lawless v. Ireland*, Application 332/57, 1 July 1996, párrs. 13 y 14; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Hassan v. United Kingdom*, Application 29750/09, 16 September 2014, párr. 97; SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 226.

¹¹¹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Hassan v. United Kingdom*, Application 29750/09, 16 September 2014, párr. 104.

¹¹² *Ibidem*, párr. 105.

prevaleciendo el criterio establecido en el caso *Al-Jedda* relativo a que en este tipo de contienda armada las causas de detención legales son solo las previstas en el art. 5 de la Convención Europea, y como quiera que no se reconoce la detención preventiva sin mediar causa criminal para que ésta sea válida deberá acordarse la derogación de las obligaciones *ex art. 15* de la Convención¹¹³. La premisa de que en las contiendas armadas de carácter no internacional son de aplicación primaria las normas de derechos humanos resulta lógica y coherente, pues no hay norma humanitaria que describa las causas de detención o internamiento para este tipo de conflicto armado¹¹⁴. Esto comporta que los Estados parte de la Convención Europea si quieren internar o detener sin mediar causa criminal deberán acordar la suspensión de las obligaciones derivadas de esta norma¹¹⁵, dado que este tipo de detención no está previsto en la Convención Europea. En el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos también se salvaguarda la libertad personal y se prohíbe toda detención arbitraria, *ex art. 7* de la Convención Americana. A este respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que toda detención debe quedar debidamente registrada, constando en un documento sus causas, quién la realiza, el día y hora y la puesta en libertad del detenido, así como el aviso al juez competente, todo ello para garantizar que no exista una detención arbitraria¹¹⁶. Asimismo, aunque esté permitido la suspensión del derecho a la libertad personal en determinadas circunstancias excepcionales, la prohibición de la detención arbitraria en ningún caso queda en suspenso, al tratarse de una garantía no derogable¹¹⁷.

A la vista de lo expuesto, lo que debe entenderse por detención arbitraria en las normas de derechos humanos no coincide en términos absolutos con lo determinado en el *ius in bello*. Evidentemente, el sustrato del concepto guarda similitud, pero los adornos y detalles que lo conforman difieren. A modo de ejemplo, la norma humanitaria centra su atención en el confinamiento, mientras que la norma de derechos humanos lo hace en la detención. El punto coincidente de ambas normas consiste en que la detención y el confinamiento para no ser arbitrarios exigen para su

¹¹³ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Al-Jedda v. United Kingdom*, Application núm. 27021/08, 7 July 2011, párrs. 99 y 100.

¹¹⁴ Cfr. RONA, G., Is there a way out of the non-international armed conflict detention dilemma? *International Law Studies*, Vol. 91, 2015, p. 35.

¹¹⁵ Cfr. MURRAY, D., *Practitioner's guide to human rights law in armed conflict*, Oxford, University Press, 2016, p. 190. Sobre la posibilidad de dejar en suspenso las obligaciones derivadas del art. 5 de la Convención Europea se recuerda que el derecho a que un tribunal resuelva la legalidad de la detención no puede suspenderse, siendo un derecho inderogable de *ius cogens*, cfr. Doc. A/HRC/30/37, Report of Working Group of Arbitrary Detention, *Principles and guidelines on remedies and procedures on the right of anyone deprived of liberty to bring proceedings before a court*, 6 July 2015, principle 4.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rodríguez Vera y otros v. Colombia* (Desapariciones del Palacio de Justicia), 14 de noviembre de 2014, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, párr. 247.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 402.

adopción una causa legal, que vendrá determinada por la existencia de una ley que describa los supuestos en los que se puede detener a una persona —norma de derechos humanos— o por la concurrencia de necesidades imperiosas de seguridad —norma humanitaria aplicable en conflictos armados internacionales—. La norma del *ius in bello* resulta restrictiva porque solo permite el internamiento por causas imperiosas de seguridad, lo que no ocurre con la norma de derechos humanos que se remite a lo que la ley doméstica establezca, realizándose, por lo tanto, una regulación *in abstracto* más amplia y no constreñida solamente a cuestiones de seguridad. Por otro lado, el respeto de las garantías procesales resulta coincidente en ambas normas, nos referimos a la revisión de la detención o confinamiento ante un tribunal y la información necesaria al detenido de los motivos de su detención o internamiento en un idioma que comprenda. Sin embargo, encontramos diferencias. La primera es que la garantía de informar sobre las causas de la detención puede ser suspendida con base en las normas de derechos humanos, al no ser un derecho inderogable o de *ius cogens*, mientras que con base en la norma humanitaria —art. 75 del PAI— no podrá derogarse, ofreciendo en consecuencia una mayor protección. La segunda radica en que con base en las normas de derechos humanos las garantías son aplicables a toda persona mientras que con base en las normas del *ius in bello* aquellas solo serán aplicables a determinadas personas, pues la revisión judicial no opera para los prisioneros de guerra. La tercera es que con base en las normas de derechos humanos no se permite la detención prolongada mientras que en las normas del *ius in bello* sí, pues los prisioneros de guerra pueden permanecer internados hasta finalizar el conflicto, siendo el tiempo de duración de esta medida privativa de libertad indeterminado. En cuarto lugar, las normas de derechos humanos indican que la revisión judicial sea por un órgano independiente e imparcial del Poder Judicial mientras que las normas del *ius in bello* lo dejan a voluntad de la Parte beligerante, pues pueden instituirse consejos administrativos a tal fin para revisar la detención¹¹⁸. Por último, las normas de derechos humanos arrojan un mayor detalle en algunos aspectos, como el de exigir que toda detención quede debidamente registrada en documentos públicos¹¹⁹, o que el derecho a la información comprenda la entrega de una copia de la orden detención, acceso al expediente con copia del mismo y acceso a todas las evidencias que tengan las autoridades relativas a la detención¹²⁰. No cabe duda de que todo aquello que no esté regulado en las normas del *ius in bello* podrá ser completado con las normas de derechos humanos aplicables al efecto, reforzándose así las garantías de la prohibición de toda detención arbitraria.

¹¹⁸ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 277 y 278.

¹¹⁹ Doc. UN. A/HRC/30/37, 6 July 2015, Guideline 6°.

¹²⁰ *Ibidem*, Guideline 5°.

5. Delimitación por las Salas de la detención arbitraria como crimen de guerra durante un conflicto armado de carácter no internacional

Los tribunales de los Países Bajos fueron los primeros en reconocer este crimen de guerra en el *caso Eshetu Alemo*¹²¹ y en el *caso Abdul Razaq*¹²², ambos ante la Corte de Distrito de la Haya. En estos casos el tribunal entendió que la privación arbitraria de libertad era contraria al principio de humanidad del art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, motivando esta decisión con base en la Regla 99 del CICR sobre Derecho consuetudinario humanitario, la cual establece que las privaciones arbitrarias de libertad están prohibidas. De otra parte, la jurisprudencia emanada del tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia ha servido de fuente a las Salas para configurar la estructura del crimen de guerra de detención arbitraria durante un conflicto armado de carácter no internacional. Las Salas en el *caso Hashim Thaci et al* determinaron los elementos del delito en cuestión, comenzando con el análisis de los elementos contextuales inherentes a los crímenes de guerra, a saber, la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, una relación de causalidad entre el delito y la contienda armada y el conocimiento por parte del responsable de su existencia¹²³. Para esta labor las Salas acudieron a la jurisprudencia del referido tribunal *ad hoc*, sin aportar nada nuevo sobre la cuestión, por lo que no hay discusión jurídica. Lo relevante, y en lo que sí se suscitan interrogantes, es en los elementos materiales y subjetivos del tipo penal, de los que nos ocuparemos a continuación.

5.1. Naturaleza del crimen de guerra

Las Salas en el *caso Hashim Thaci et al* consideraron que este crimen de guerra se comete mediante cualquier acción u omisión que tenga

¹²¹ Judgment District Court of the Hague, *Prosecutor v. Eshetu Alemo*, 15 December 2017, párrs. 12.4 y 12.5., se investigaron detenciones ocurridas entre el 1 de febrero de 1978 y 31 de diciembre de 1981 en Etiopía, en donde existía un conflicto armado de carácter no internacional entre las fuerzas gubernamentales y la organización *Ethiopian People's Revolutionary Party*. Multitud de simpatizantes y miembros del EPRP fueron detenidos y ejecutados por las fuerzas gubernamentales. Al investigado se le acusó de haber privado arbitrariamente de su libertad durante dicho período de tiempo a 321 personas que no participaban directamente en las hostilidades mientras fue representante del Gobierno en la región de Gojjam (Debre Maros) en el año 1978, con el objeto de obtener información sobre el grupo armado EPRP.

¹²² Judgment District Court of the Hague, *Prosecutor v. Abdul Razaq*, 14 April 2022, párr. 17.

¹²³ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párrs. 85 a 91.

como resultado la privación de libertad de una persona que no participa directamente en las hostilidades sin fundamento jurídico o sin cumplir las garantías procesales básicas¹²⁴. Esta delimitación del tipo penal, ha sido, a su vez, mantenida por el resto de Salas.

5.1.1. Delito alternativo: de comisión y omisión

Nos hallamos ante un tipo penal complejo, en tanto en cuanto en la descripción del injusto se incorpora una redacción alternativa de la conducta humana sancionada, castigándose un comportamiento activo y omisivo. Con carácter general, ninguna objeción puede achacarse a esta configuración del tipo penal, básicamente porque una detención arbitraria puede suceder tanto si el sujeto activo es quien realiza la privación de libertad de la persona, ya sea mediante su detención o encierro, como si aquél tiene un deber legal de actuar y no evita la privación de libertad¹²⁵. La proscripción de la detención arbitraria se erige como norma prohibitiva cuyo incumplimiento se perfecciona mediante un hacer positivo o negativo que comporta un resultado —la privación de libertad—, de ahí que nos hallemos ante un delito de comisión o de comisión por omisión (*delicta commisiva per ommisionem*), al ser equivalente a un delito de resultado¹²⁶. Lo importante es que el sujeto activo exteriorice mediante su comportamiento activo u omisivo su voluntad de realización, quedando al margen todo lo que no guarde relación con ello, es decir, con las manifestaciones del ser humano que no son dominadas por su voluntad o que carecen de toda conciencia¹²⁷.

5.1.2. Delito de resultado, permanente y pluriofensivo

El delito configurado por las Salas es de resultado¹²⁸, ya que se describe una consecuencia de lesión separada espacial y temporalmente de la acción del autor¹²⁹. Entre la acción de detener, confinar o encerrar a

¹²⁴ Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 646; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 93.

¹²⁵ POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, p. 122.

¹²⁶ JESCHECK, H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 652.

¹²⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 252 y ss.

¹²⁸ PIGNATELLI y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 407; PIGNATELLI y MECA, F., *Tratado sobre...*, op. cit., p. 1427.

¹²⁹ Cfr. ROXIN, C., op. cit., p. 328.

una persona y su resultado, consistente en la privación de la libertad ambulatoria, hay un espacio temporal, aunque sea mínimo. A su vez, nos encontramos ante un delito permanente, pues el estado antijurídico de la conducta sigue vigente por voluntad del responsable mientras no se ponga en libertad a la persona detenida o encerrada sin motivo legal o mientras no se satisfagan las garantías procedimentales esenciales del detenido¹³⁰. Por último, se trata de un delito pluriofensivo desde el momento en que el injusto afecta a varios bienes jurídicos-penales, como son la libertad ambulatoria y la seguridad internacional.

5.2. Conducta punible

Sorprende que en la estructura del delito seguida por las Salas no se describa la conducta punible que se quiere sancionar, desconociendo el justiciable qué comportamiento se prohíbe. Solo se dice que comete este delito el que mediante cualquier acción u omisión cause la privación de libertad de una persona que no participa directamente en las hostilidades sin fundamento jurídico o sin cumplir las garantías procesales básicas. Siguiendo un razonamiento continental la norma penal se caracteriza por describir la acción típica —el que mate, agrede, lesione, hurte, no socorra, etc.—, todo ello para que el justiciable tenga conocimiento de cuales son aquellos comportamientos que menoscaban el orden social¹³¹; sin perjuicio de que la exigencia de describir lo prohibido deriva igualmente del principio de legalidad —*lex certa*—. No obstante, las Salas han configurado un tipo penal que omite uno de los elementos básicos del delito, esto es, la acción típica o comportamiento punible, de suerte que las garantías del justiciable se ven constreñidas. Este proceder resulta criticable. Las Salas deberían haberse esforzado en su labor integradora de los tipos penales, máxime cuando provienen de una norma no escrita. Deberían haber descrito lo prohibido, cosa que podían haber hecho sin problema si hubieran recurrido al Estatuto de Roma o a los ordenamientos nacionales, incluido el kosovar. Si acudimos al delito de confinamiento ilegal previsto en el art. 8.2.a) vii) del Estatuto de Roma y sus elementos del crimen, se observa que la acción típica no es otra que confinar o mantener confinado. Además, la mayoría de los ordenamientos domésticos sancionan el comportamiento de detener o encerrar de manera ilegal a una persona, guardando una estrecha relación este delito con el crimen contra la humanidad tipificado en el art. 7.1.e) del Estatuto de Roma, relativo al encarcelamiento o privación grave de la libertad física de las personas en violación de normas fundamentales de derecho internacional. La conducta punible podría haberse descrito mediante las

¹³⁰ *Ibidem*, p. 329.

¹³¹ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 110 y 111.

acciones de detener, confinar o encerrar, siendo sabedores de que, si bien es cierto que todo confinamiento supone una detención, no podemos decir lo mismo al contrario, pues no toda detención supone un confinamiento. Sea como fuere, para las Salas lo verdaderamente importante es el resultado de la manifestación voluntaria del ser humano llevada a cabo, a saber, la privación de libertad de toda persona que no participa directamente en las hostilidades.

5.3. Bien jurídico-penal

La influencia de la *common law* en el Derecho penal internacional resulta innegable. Esto ha podido determinar que el estudio de los bienes jurídicos-penales en este campo del Derecho internacional no haya sido objeto del debate que se merece¹³², dándose una mayor importancia al denominado *harm principle* —postulado que se centra en el daño causado a otro—, aun siendo conscientes de que ambas figuras no son exactamente iguales¹³³. De hecho, el *harm principle* se caracteriza por abarcar solo lo que le resulta importante al individuo, dejando de lado otros valores colectivos que trascienden al individuo y que caracterizan a los crímenes internacionales¹³⁴. A pesar de lo anterior, consideramos que el bien jurídico-penal contiene unas funciones relevantes para el Derecho penal, erigiéndose en una garantía para el justiciable, toda vez que da sentido y es la razón de ser de la norma penal¹³⁵. La responsabilidad penal no emerge solamente por la perfección de los elementos del tipo penal, resulta además necesario que la conducta punible contenga una dañosidad social, en el sentido de que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-penal, que podemos, con carácter general, identificarlo como algo valioso para la sociedad¹³⁶. Esta tesis debe imperar también en el

¹³² Cfr. BERGSMO, M., BUIS, J. E., y SONG, T., *Philosophical foundations of international criminal law: legally protected interests*, Brussels, TOAEP, 2022, p. 2.

¹³³ Cfr. ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2014, p. 82 a 85.

¹³⁴ Cfr. STRATENWERTH, G., «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Ed.: HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., WOHLERS, W., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2016, p. 361.

¹³⁵ Cfr. GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 6 y 7; cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, Castellanos, 1986, p. 76 y 77. En relación con la importancia de la norma penal como hecho esencial a proteger, cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 45 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *Revista de Derecho Penal*, núm. 27, 2019, p. 467.

¹³⁶ HORMAZABAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones

Derecho penal internacional, si bien lo valioso que se protege y la dañinidad social vendrá referida al orden internacional.

El injusto analizado es pluriofensivo, lesiona bienes jurídicos propios del orden doméstico y del orden internacional. Lo primario que se quiere proteger no es otra cosa que la libertad ambulatoria de la persona, derecho fundamental reconocido como *core human right*. Este bien jurídico guarda una relación íntima con los valores del ser humano y su dignidad, adquiriendo, a su vez, una significación social tendente a que las personas puedan desarrollarse libremente en paz¹³⁷. Se trata en todo caso de un bien jurídico individual, protegido principalmente en el orden doméstico y cuyo portador es la persona. De otra parte, al hallarnos ante un crimen internacional, concretamente, un crimen de guerra, la norma penal imperativamente debe proteger algo que sea valioso para el orden internacional. De lo contrario se corre el riesgo de que el injusto sea calificado como un delito doméstico. Pues bien, de manera secundaria se protege lo valioso de la seguridad internacional, bien jurídico colectivo y de naturaleza internacional¹³⁸, siendo, a su vez, un valor fundamental *ex art.* 1 de

Universitarias, 1991, p. 169 y 170. De otra parte, se ha definido el bien jurídico penal en un sentido formal como todo bien, situación o relación deseado y protegido por el Derecho, y en un sentido material como toda directriz normativa, puesto que el bien jurídico no es un objeto de la realidad ni un valor ideal, sino una síntesis entre un substrato de la realidad (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto), siendo este substrato de la realidad algo físico o incorporal, *cfr.* GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3, 2010, p. 52.

¹³⁷ *Cfr.* OLÁSULO ALONSO, H., *Derecho Internacional penal, Justicia Transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 52 y ss., quien considera la dignidad humana como un bien jurídico colectivo objeto de protección por el Derecho penal internacional.

¹³⁸ Los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por estar referidos a una masa o colectivo de personas y no individualmente a la persona; por afectar a las relaciones sociales básicas dentro de un sistema que configura el orden social y el funcionamiento de la sociedad; por ser complementarios de los bienes individuales, pues atienden materialmente a las necesidades de la persona para que la protección de estos bienes sea eficaz, es decir, con la protección de los bienes colectivos se garantizan los individuales; y por servir al correcto funcionamiento del sistema social y no individualmente a la persona; *cfr.* GIL GIL, A., *et al.*, *op. cit.*, p. 10 y 11; *cfr.* GARCÍA ARROYO, C., «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-12, 2022, p. 32 y ss.; *cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *op. cit.*, p. 473 y ss., quien distingue dentro de los bienes colectivos entre institucionales, colectivos y de control. De otra parte, HEFENDEHL ha considerado a los bienes colectivos como aquellos que sirven a los intereses de muchas personas, *cfr.* HEFENDEHL, R., ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 19, 2001, p. 149; *cfr.* CORCOY BIDÁSULO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 208 a 212 y 225 a 246, sostiene que la seguridad es un bien jurídico colectivo, con fundamento en la confianza de la sociedad en que las instituciones del Estado funcionarán correctamente como medio para el desarrollo de la persona en la vida social; *cfr.* PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad*

la Carta de las Naciones Unidas. Aunque nos hallamos ante un concepto indeterminado y abstracto, la seguridad internacional comprende *inter alia* toda situación de tranquilidad que debe imperar en los Estados para que se desarrollen libremente las libertades y derechos humanos con certidumbre de que serán protegidos y respetados. Se trata de un valor esencial que interesa a la comunidad internacional, una situación o realidad deseada por los Estados para evitar situaciones de inseguridad que pueden dar origen a un contexto de violencia armada. Los Estados en virtud del Derecho internacional asumen obligaciones y se comprometen a garantizar ciertos valores fundamentales vertebradores del orden internacional, redundando esto en beneficio de sus ciudadanos. Cuando el Estado no satisface estas obligaciones no cumple con los valores fundamentales del orden internacional, y sus ciudadanos, a consecuencia de lo anterior, en sus relaciones intra-estatales ven perjudicados sus intereses legítimos, los cuales están protegidos en el orden doméstico, lesionándose bienes jurídicos personalísimos y otra serie de bienes jurídicos pertenecientes al orden internacional, como la seguridad internacional. Si en un conflicto armado de carácter no internacional las Partes contendientes efectúan detenciones arbitrarias no cabe duda de que los derechos básicos de la población no están en condiciones de ser protegidos ni respetados, con el consiguiente menoscabo de la seguridad internacional que, a su vez, redundando negativamente en los derechos subjetivos. Allí donde hay seguridad internacional existe un contexto en donde los derechos subjetivos de la población pueden garantizarse, de suerte que aquélla se constituye en el estado y medio idóneo para el libre desarrollo en paz de los derechos fundamentales de la persona, por eso su calificación como bien jurídico colectivo¹³⁹. De otra parte, el correcto funcionamiento del sistema social se identifica con la obligación de los Estados —como sujetos soberanos— de preservar, por medio de sus instituciones, los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y en lo que aquí nos atañe, a garantizar la seguridad internacional evitando las detenciones arbitrarias, ya sean llevadas a cabo por agentes estatales o grupos armados.

5.4. Sujeto pasivo

El titular del bien jurídico primario protegido es toda persona que no participa directamente en las hostilidades. La terminología usada por las Salas trae causa del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del apartado 1º del art. 4 del PAII, normas humanitarias que configuran unos principios mínimos que deben observarse por todas las Partes contendientes en las contiendas armadas de carácter no internacional, y que

y técnicas de protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 52 y ss.

¹³⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 54.

forman el núcleo esencial de respeto del ser humano y su dignidad personal, adquiriendo el *status* de norma consuetudinaria. Estas normas protegen a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, como son, con carácter general, los miembros de las fuerzas armadas de las Partes contendientes —incluidos los integrantes de los grupos armados organizados— que han depuesto las armas o están fuera de combate por herida, enfermedad o detención¹⁴⁰. El criterio que siguen las normas humanitarias para proteger a las personas en los conflictos armados es con base en su estatuto (*status-base*) o por su conducta (*conduct-base*). El primero centra su atención en el estatuto de las personas, es decir, su pertenencia a un colectivo que no combate o que ya no puede hacerlo, por lo que gozan de inmunidad, como son las personas civiles, los prisioneros de guerra, heridos, enfermos y náufragos. El segundo tiene en consideración la conducta de la persona, esto es, su comportamiento o función durante el conflicto armado. Resulta aceptado que tanto los miembros de las fuerzas armadas como los de los grupos armados organizados que realizan una función continua de combate participan directamente en las hostilidades¹⁴¹, siempre y cuando no estén fuera de combate. Igualmente, las personas civiles, aun no formando parte de grupos armados organizados o fuerzas armadas, pueden participar directamente en las hostilidades, siempre y cuando realicen un acto hostil contra el enemigo que sea idóneo para perjudicar sus operaciones militares o causar daños, muertes o lesiones en sus bienes y persona —elemento objetivo—, que exista una relación de causalidad directa entre los daños, lesiones o muertes causados y la acción realizada —nexo de causalidad— y que la persona tenga la voluntad de realizar la acción hostil —elemento subjetivo—. Estas personas no pierden su condición de persona civil, lo que sucede es que durante el tiempo que participan directamente en las hostilidades pierden su inmunidad, pudiendo ser atacadas¹⁴². Así las cosas, y en un sentido negativo, no participarán directamente en las hostilidades aquellas personas que no realizan acto directo de hostilidad alguno contra el enemigo, lo que incluye a los reclutadores, formadores, entrenadores o financiadores económicos de los grupos armados, pues aunque todos ellos pueden realizar actos hostiles contra el enemigo estos o no son directos o no son idóneos para causar daños, lesiones o muertes en sus bienes y personas o perjudicar sus operaciones militares¹⁴³.

¹⁴⁰ MELZER, N., *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010, p. 27 y 28.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 33 y 34, la función continua de combate demanda una integración duradera en el grupo armado y la realización de actos directos de hostilidad contra el enemigo.

¹⁴² Cfr. Apartado 3º del art. 51 del PAI y apartado 3º del art. 13 del PAII.

¹⁴³ MELZER, N., *op. cit.*, p. 34.

La protección contenida en el tipo penal sigue el criterio del *conduct-base*, protegiendo solo a la persona que no participa directamente en las hostilidades, esto es, el centro de atención gira en torno al comportamiento inocuo de la persona, quien no realiza acto directo de hostilidad alguno contra el enemigo. De esta manera, las detenciones del personal de las fuerzas armadas, así como de los miembros de los grupos armados organizados que realizan una función continua de combate, no caerían en el ámbito de protección del tipo penal, pues todos ellos participan directamente en las hostilidades. Ahora bien, si aquéllos dejan de participar voluntariamente en las hostilidades o ya no pueden hacerlo por estar heridos, enfermos o detenidos, sí estarán protegidos por la norma no escrita¹⁴⁴. Las Salas —implícitamente— reconocen con este criterio que en las contiendas armadas de carácter no internacional no se criminalizan las detenciones del enemigo por cuestiones inherentes de seguridad, pues de lo contrario las Partes contendientes se verían forzados a dejarlos en libertad o neutralizarlos (uso de la fuerza letal), lo que podría dar lugar a un crimen de guerra de no dar cuartel¹⁴⁵. Ciertamente, esto es lo que sucede. Siendo conscientes de que las detenciones del enemigo van a ocurrir, lo que pretende la norma humanitaria es salvaguardar su dignidad y humanidad, dejando al margen las causas que legitiman o no este proceder, las cuales quedan relegadas al ordenamiento doméstico, en donde normalmente solo se autoriza a las fuerzas gubernamentales a realizarlas, no confiriendo esta *potestas* a los grupos armados. Cuestión distinta es el contexto en donde los grupos armados controlan *de facto* parte del territorio llegando a ejercer funciones cuasi gubernamentales. En estos casos, no resulta ilógico que estos grupos armados asuman obligaciones emanadas de las normas de derechos humanos, y aprueben leyes o acepten como propias las normas estatales que autorizan la detención del enemigo por cuestiones de seguridad, lo que haría *prima facie* que la detención no fuese arbitraria¹⁴⁶. Si esta situación no concurre lo idóneo —aunque improbable— sería que las Partes contendientes formalizasen acuerdos especiales para reconocer el estatuto de prisionero de guerra al enemigo, lo que reforzaría las garantías humanitarias.

Dicho lo anterior, el tipo penal configurado por las Salas está pensado para proteger a personas civiles que son detenidas en un conflicto armado de carácter no internacional y no representan amenaza alguna para las Partes contendientes al no participar directamente en las hostilidades, así como a aquéllos que han dejado de hacerlo por estar heridos,

¹⁴⁴ Cfr. Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, p. 168 y 169.

¹⁴⁵ KLAMBERG, M., «The legality of rebel courts during non-international armed conflicts», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 16, 2018, p. 241.

¹⁴⁶ Cfr. RONEN, Y., «Human rights obligations of territorial non-state actors», *Cornell International Law Journal*, Vol. 46, 2013, p. 25 y 26.

enfermos o estar detenidos. De hecho, si acudimos a los hechos investigados en el *caso Salih Mustafa* observamos que las personas detenidas arbitrariamente no eran integrantes de fuerza armada alguna ni de otro grupo armado, eran civiles que fueron detenidos en *checkpoints* o durante su entrenamiento de formación militar —no llegando a ejercer función de combate, pues no estaban plenamente integrados en el grupo armado KLA—¹⁴⁷. Igualmente, en el *caso Hashim Thaci et al.*, las detenciones investigadas recaen sobre personas que simpatizaban o tenían amistad o algún tipo de relación con serbios, por lo que tampoco participaban directamente en las hostilidades¹⁴⁸.

5.5. Elementos normativos del tipo penal

5.5.1. Detención sin fundamento legal

Los elementos normativos del tipo de injusto son aquellos que se refieren a una realidad social que solo puede determinarse mediante una valoración jurídica¹⁴⁹. Sentado lo anterior, el crimen de guerra analizado en su primera modalidad contiene un elemento normativo consistente en que la detención sea llevada a cabo sin fundamento legal, a saber, sin que exista una justificación o habilitación legal que permita adoptar esta medida privativa de libertad. La delimitación de este elemento no podemos realizarla mediante los sentidos, se requiere una aproximación axiológica y jurídica a las causas que permiten detener a una persona durante un conflicto armado. Sobre esta cuestión las Salas han tomado una posición concreta: no existe fundamento legal cuando la detención no está amparada en la comisión de un hecho delictivo o cuando no existen motivos razonables y absolutamente necesarios de seguridad¹⁵⁰. Esta posición rezuma una notable influencia de las normas de derechos humanos, aunque se olvida de algunos supuestos enumerados en el art. 5 de la Convención Europea que permiten la detención. ¿Qué pasaría si la detención de las personas en el conflicto armado lo es para expulsarlas del territorio, para extraditarlas o para impedir la propagación de una

¹⁴⁷ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 407 a 494.

¹⁴⁸ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 94; Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 140, 142, 146 y 149.

¹⁴⁹ MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 232; ROXIN, C., *op. cit.*, p. 306 y 307; PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁰ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 94; Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 647.

enfermedad? ¿Estaríamos ante una detención arbitraria? Lo importante, en todo caso, es que las causas de detención, sean cuales sean, estén tasadas en la ley, *ex art. 9 del Pacto Internacional*, en cuyo caso la detención reuniría visos de legalidad. A nuestro entender, lo más apropiado hubiera sido que las Salas asociasen la inexistencia de fundamento legal al hecho de que la causa de detención no esté prevista en norma legal (doméstica) o convencional alguna.

Dicho esto, la exigencia de que para detener a una persona concorra un hecho delictivo encuentra su fundamento en el apartado 3º del art. 9 del Pacto Internacional y en el art. 5.1.c) de la Convención Europea¹⁵¹. Esta causa de detención está arraigada en el tiempo como un uso y costumbre de toda sociedad, de ahí que nadie la cuestione. Lo relevante reside en que los derechos humanos —como se dijo— siguen siendo de aplicación durante todo conflicto armado, lo que permite que las autoridades competentes puedan detener durante un conflicto armado cuando lo sea por mediar un hecho delictivo u otra causa legalmente prevista. Las normas humanitarias sobre esta causa de detención poco tienen que decir al respecto, excepto cuando se produce en territorio ocupado por la potencia ocupante, en cuyo caso debe respetar unas garantías específicas, pero esto solo ocurre en conflictos armados internacionales¹⁵². Desde este prisma, y ante el silencio de las normas del *ius in bello* —a excepción de lo contemplado para la ocupación—, entendemos que la detención de una persona sin mediar un hecho delictivo en un conflicto armado de carácter no internacional comporta esencialmente la vulneración de una norma de derechos humanos. Las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional ni autorizan ni prohíben las detenciones de personas sin mediar un hecho delictivo, por lo que la ilegalidad de este proceder debe buscarse en el Derecho doméstico y en las normas de derechos humanos.

La segunda causa de detención sin fundamento legal determinada por las Salas concurre cuando no existen motivos razonables y absolutamente necesarios de seguridad. Esta causa es propia del *ius in bello*, pues, como vimos anteriormente, los art. 27, 41 a 43 y 78 del CGIV autorizan a las Partes beligerantes a internar a las personas protegidas por este convenio cuando concurren motivos de seguridad indispensables, ya se lleve a cabo esta medida en el territorio de una Parte beligerante contra extranjeros residentes (art. 42 del CGIV) o contra civiles en terri-

¹⁵¹ Legal Commentary on the right..., *op. cit.*, p. 23.

¹⁵² En este sentido, el art. 64 del CGIV permite que la potencia ocupante apruebe las leyes necesarias para garantizar la administración normal del territorio y su seguridad —incluidos el personal y bienes de la potencia ocupante—; estas leyes no pueden tener carácter retroactivo, *ex art. 65 del CGIV*; su infracción puede ser sometida a tribunales militares (no políticos) legítimamente constituidos, según establece el art. 66 del CGIV; y por último, las personas protegidas solo podrán ser detenidas por la potencia ocupante por actos realizados antes de la ocupación, según dispone el art. 70 del CGIV.

torio ocupado (art. 78 del CGIV); de igual manera, el art. 21 del CGIII autoriza el internamiento de los prisioneros de guerra. El problema es que estas autorizaciones del *ius in bello* son únicamente para conflictos armados internacionales. Las Salas se encomiendan a la analogía para solventar este entuerto, aplicando normas convencionales previstas para contiendas armadas internacionales a una situación de conflicto armado de carácter no internacional —todo ello a la vista de las citas que se hacen del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia—. No podemos soslayar la crítica al camino emprendido por las Salas que olvida la intención de los actores principales en la elaboración de las normas humanitarias aplicables a estas contiendas armadas. No es casualidad del destino que este tipo de contienda armada tenga una regulación jurídica mucho menor que la de los conflictos armados internacionales, o que determinadas prerrogativas existentes en estas contiendas armadas no encuentren su similitud en las de carácter no internacional. En todas las conferencias de desarrollo de las normas del *ius in bello* se intentó por el Comité Internacional de la Cruz Roja que las diferencias normativas entre ambos tipos de conflicto armado fueran mínimas para proteger mejor a las víctimas, como antaño defendió Vattel con fundamentos jurídicos sólidos amparados en el principio de humanidad¹⁵³. De hecho, en el año 1946 se propuso que tanto las normas referidas a los prisioneros de guerra y a la protección de civiles en caso de conflicto armado internacional fuesen aplicables también en caso de guerra civil¹⁵⁴. Nada de esto prosperó por la oposición férrea que mostraron los Estados, quienes no querían —ni quieren tampoco actualmente— conferir a los insurgentes o rebeldes que se alzan contra su Gobierno en armas cualquier atisbo de legitimidad o reconocimiento. Por ello se alcanzó un acuerdo de mínimos humanitarios mediante la aprobación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Esta realidad fue corroborada posteriormente en las conferencias de elaboración del Protocolo II Adicional, en donde tampoco prosperó el ambicioso proyecto presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, quedando en manos de la delegación pakistaní el arduo trabajo de elaborar una norma humanitaria de mínimos aceptables para los Estados¹⁵⁵.

Ninguna aplicación analógica hubiera hecho falta si las Salas hubieran considerado que la ausencia de fundamento legal para detener concurre cuando esta medida se lleva cabo por causas que no están previstas en norma legal (doméstica) o convencional alguna. De hecho, las Salas

¹⁵³ VATTEL, A., *Le Droit de Gens ou principes de la Loi Naturelle*, Washington, 1916, párrs. 289-290; cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, Ediciones Universidad, 1992, p. 37 y 38.

¹⁵⁴ Report on the work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the conventions and various problems relative to the Red Cross, Geneva, ICRC, 1947, p. 103 y 272.

¹⁵⁵ MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 52.

han tenido que matizar sus posiciones sobre esta cuestión, pues el Juez instructor en el caso *Hashim Thaci et al.*, entendió que toda forma de privación de libertad durante un conflicto armado de carácter no internacional era arbitraria, dado que las normas del *ius in bello* para estas contiendas armadas no proporcionaban una base legal para detener o internar¹⁵⁶. Se hizo una valoración un tanto displicente para con el Derecho doméstico, al marginar las causas de detención previstas en normas domésticas que siguen operando durante una contienda armada de carácter no internacional, amén de otro tipo de causas que pueden derivar del Derecho internacional, en referencia a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De conformidad con la posición del Juez instructor podía ocurrir que una detención legal al amparo de otras normas del Derecho internacional fuese arbitraria. Evidentemente, la Sala de Apelaciones no podía mantener lo anterior, por lo que corrigió esta posición otorgando validez a las detenciones acaecidas al amparo de otras normas ajenas al *ius in bello*¹⁵⁷, como pudieran ser las previstas en el ordenamiento doméstico u otras del orden internacional que pudieran operar.

Los Estados suelen dotarse de leyes que permiten la detención de personas por cuestiones de seguridad sin mediar causa criminal, nos referimos a las denominadas detenciones administrativas o de seguridad¹⁵⁸. Va de suyo recalcar que las normas domésticas no confieren esa *potestas*

¹⁵⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 152.

¹⁵⁷ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on appeals against Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 23 December 2021, párr. 95.

¹⁵⁸ Nuestra Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, en su art. 16 permite —para los estados de excepción— la detención sin mediar causa criminal, en el sentido de que la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden si existen fundadas sospechas de que va a provocar alteraciones del orden público, no pudiendo exceder esta detención de diez días y debiendo comunicar al juez competente la detención en el plazo de veinticuatro horas. En el caso de estado de sitio —supuesto más parecido a un conflicto armado— la detención podrá acordarse además por la autoridad militar por un tiempo de diez días, teniendo el detenido durante dicho plazo en suspenso los derechos contenidos en el apartado 3º del art. 17 de la Constitución española, esto es, el derecho a ser informado de las causas de su detención. Lo que no podrá suspenderse en ningún caso es el derecho del detenido a que una autoridad judicial revise si su detención es legal, todo ello mediante el denominado procedimiento de *habeas corpus*. La regulación doméstica antedicha resulta más favorable que la norma humanitaria dado que el plazo de detención sin mediar causa criminal no puede ser superior a diez días, por lo que transcurrido este plazo debe quedar en libertad el detenido, salvo que medie algún cargo criminal y se acuerde la prisión provisional, mientras que la norma humanitaria (en conflictos armados internacionales) no establece un plazo determinado de detención pudiendo prolongarse en el tiempo, de ahí que se impongan revisiones semestrales a esta medida.

a los grupos armados, pues serán los agentes estatales quienes estén facultados para ello, de suerte que si lo hacen aquéllos estaríamos ante un supuesto de detención ilegal. La tesitura en la que se colocan los grupos armados es dramática. Si la detención la hacen por causas imperiosas de seguridad estarán realizando igualmente una detención ilegal bajo el Derecho doméstico¹⁵⁹. Nada nuevo hemos descubierto que no se supiera, ya que un tanto de lo mismo sucede con la muerte del enemigo: todo ataque a las fuerzas gubernamentales será un delito doméstico, aunque ese comportamiento no esté prohibido por el *ius in bello*, salvo si la muerte es a traición. Para el Derecho penal internacional lo importante reside en que los grupos armados conduzcan sus actuaciones de conformidad con las normas de derechos humanos y del *ius in bello*, para evitar la comisión de crímenes internacionales, sabedores que esas mismas conductas son delictivas en el orden doméstico, en cuyo caso, y una vez finalice la contienda armada, deberían ser amnistiadas, *ex art.* apartado 5º del art. 6 del PAII. Esta situación desventajosa de los grupos armados solamente puede encontrar una excepción en aquéllos supuestos en donde controlen *de facto* parte del territorio ejerciendo potestades legislativas o de policía, pues en estos especiales casos pueden dictar leyes que amparen sus actuaciones de seguridad o asumir como propias las normas estatales existentes¹⁶⁰. A nuestro juicio, incorporar como elemento normativo del tipo la detención por motivos imperiosos de seguridad resulta, cuanto menos, controvertido. Esto se debe a que las normas del *ius in bello* aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional no autorizan este tipo de detención, ni siquiera mediante normas consuetudinarias, como ya ha corroborado la Corte Suprema del Reino Unido en *caso Serdar Mohammed*¹⁶¹. El Comité Internacional de la Cruz Roja es del criterio de aplicar análogicamente las causas de detención de los conflictos armados internacionales para evitar que la detención sea arbitraria¹⁶². Sin embargo, con este proceder laminamos las normas domésticas y de derechos humanos —que recordemos son de aplicación primaria en estas situaciones de violencia armada¹⁶³—, las cuales además de regular las causas de detención por motivos imperiosos de seguridad «*ofrecen a la persona una protección fundamental*», como establece el Protocolo II Adicional en su preámbulo. Es por ello, reiteramos, que lo idóneo hubiera sido que las causas de detención permitidas fueran las previstas en el orden doméstico y en las normas de derechos humanos.

¹⁵⁹ GAVRILOVA, M., *op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁰ *Cfr.* MURRAY, D., *Human Rights obligations of non-state armed groups*, London, Hart, 2018, p. 243; ZEGVELD, L., *Accountability of armed groups in International Law*, Cambridge, University Press, 2002, p. 54; RONEN, Y., *op. cit.*, p. 25 y ss.

¹⁶¹ Supreme Court of U.K., *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, 17 January 2017, párrs. 272 y 275.

¹⁶² Detention by Non-State Armed Groups: Obligations under International Humanitarian Law and Examples of How to Implement Them, ICRC, Geneva, 2023, p. 55.

¹⁶³ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276.

5.5.2. Respeto de las garantías procesales básicas

El segundo elemento normativo del tipo penal es el relativo a que la detención no respete las garantías procesales básicas, las cuales han sido enumeradas por las Salas, siendo las siguientes: 1) el derecho de informar al detenido de las causas de su detención; 2) el derecho del detenido a ser llevado ante una autoridad judicial inmediatamente si media causa criminal; 3) el derecho del detenido a que una autoridad judicial se pronuncie sobre la legalidad de la medida acordada¹⁶⁴. Esta causa de detención arbitraria es independiente de la anteriormente analizada, no guarda relación con ella. Puede suceder que la detención sea legal pero no se observan las garantías esenciales, en cuyo caso la detención legal se transforma en arbitraria. Así pues, no resulta suficiente la existencia de una causa legal para detener; las Partes contendientes deberán respetar las garantías antedichas que tienen por objeto asegurar que el detenido conoce los motivos de su detención y que puede impugnarlos ante una autoridad judicial, sin perjuicio de que si se produce un internamiento prolongado deberá tener la posibilidad de revisión ante un órgano imparcial e independiente, bien administrativo bien judicial, para decidir si siguen concurriendo las causas que motivaron su detención.

Las garantías referidas *ut supra* encuentran su fundamento en las normas de derechos humanos. Las normas humanitarias aplicables en las contiendas armadas de carácter no internacional se ocupan —y ello no es poco— de asegurar un trato humano a toda persona privada de libertad, *ex art.* 5 del PAII¹⁶⁵. Únicamente, el art. 6 del PAII, que resulta aplicable cuando una persona está detenida por mediar causas penales, garantiza en el seno del procedimiento penal el derecho a saber de qué se acusa, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de legalidad. La cuestión es que estas garantías son aplicables en el seno de un proceso penal, pero no en los supuestos de detención o internamiento sin mediar causa penal. Si bien es cierto que las normas del *ius in bello* aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 43 y 78 del CGIV) fueron pioneras en el Derecho internacional, asegurando unas garantías mínimas al detenido o internado, labrando así el posterior camino a las normas de derechos humanos, no lo es menos que aquéllas fueron concebidas específicamente para este tipo de contienda armada. Ninguna intención hubo por los Estados parte de hacer-

¹⁶⁴ Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 648; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 154.

¹⁶⁵ Esta norma garantiza al detenido recibir alimentos, agua, asistencia médica, asistencia espiritual, socorros, confesar su religión, estar detenido condiciones de salubridad buenas, estar protegido contra los rigores del clima o de los acontecimientos de la contienda armada, etc.

las extensivas a las contiendas armadas de carácter no internacional. El reconocimiento de estas garantías en los conflictos armados de carácter no internacional se debe a las normas de derechos humanos. Pero, además, las garantías apuntadas han sido desarrolladas por el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria del Consejo de Derechos Humanos, en donde precisamente se ha diferenciado entre garantías aplicables al detenido en caso de conflicto de armado internacional o de carácter no internacional, reforzando la idea de que la aplicación analógica de las normas del *ius in bello* no resulta apropiada. Sin perjuicio de lo dicho, la aplicación analógica adquiere sentido cuando un supuesto de hecho no está regulado en una norma debiéndose acudir a otra diferente que contempla algo semejante¹⁶⁶. Esto no sucede en el caso que nos ocupa, ya que las normas de derechos humanos regulan el supuesto de hecho concreto y resultan aplicables en las contiendas armadas no internacionales, no haciendo falta pues acudir a otras normas¹⁶⁷. Sea como fuere, los principios y directrices básicos de las Naciones Unidas aplicables a toda persona detenida comprenden las garantías expuestas¹⁶⁸, indicando específicamente para las detenciones en conflictos armados de carácter no internacional que solo podrá tener lugar en situaciones de emergencia pública y por causas tasadas por ley, que la detención será necesaria, proporcional y no discriminatoria, que el detenido tendrá derecho a recurrir ante una autoridad judicial la legalidad de la detención y si la detención es prolongada tendrá derecho a revisiones periódicas ante un tribunal u otro órgano administrativo imparcial e independiente y, por último, que deberán respetarse las normas del *ius in bello*¹⁶⁹.

Las Salas en el caso *Salih Mustafa* entendieron que las detenciones por miembros del grupo armado KLA de personas que no participaban directamente en las hostilidades, acaecidas entre el 1 y el 19 de abril de 1999, no fueron ajustadas al Derecho internacional, pues ninguno de los detenidos fue informado de las causas de su privación de libertad y porque no pudieron impugnar esta medida ante autoridad judicial alguna, de suerte que no se respetaron las garantías antedichas¹⁷⁰. El derecho a ser informado de las causas de detención no debe ser inmediatamente después de adoptar esta medida, puede satisfacerse posteriormente¹⁷¹. Lo

¹⁶⁶ Un ejemplo de analogía lo encontramos en el art. 4 del CGI, precepto que permite la aplicación analógica del convenio a las potencias neutrales.

¹⁶⁷ Cfr. JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 234 y 235.

¹⁶⁸ Doc. UN. A/HRC/30/37, 6 July 2015, Principle 4º, 7º y 8º.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Guideline 17º, párr. 96.

¹⁷⁰ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 407 a 410, 427, 428, 429, 456, a 458, 494 y 653.

¹⁷¹ En el caso *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* el Tribunal Europeo entendió que la información dada transcurridas siete horas desde la detención era ajustada a derecho, sin embargo, en el caso *Saadi v. United Kingdom* la información dada transcurridas setenta y dos horas de la detención fue con violación de lo establecido en el art. 5 de la Convención Europea, cfr. DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 266.

importante es que el detenido tenga conocimiento en un tiempo prudencial de los motivos de su detención, para que, llegado el momento, pueda defenderse ante las autoridades competentes. El cumplimiento de estas garantías demanda además que las personas encargadas de la detención o sus mandos informen al detenido del motivo de su detención en un idioma que comprenda, hallándonos así ante una obligación de hacer de la parte detenedora. Una cuestión queda sin resolver, nos referimos al hecho de que la detención haya sido realizada por un grupo armado, informando del motivo de la medida adoptada pero sin existir en el territorio controlado por dicho actor no estatal un tribunal, autoridad judicial u otro órgano que pudiera satisfacer las garantías de revisión judicial y acceso a la justicia. En nuestra opinión, si el detenido se aquieta con la información dada sobre su detención no estaríamos ante el incumplimiento de las garantías referidas, pues el resto de ellas dependen de que el interesado las solicite libre y voluntariamente. Cuestión diferente es si el detenido exige la revisión judicial de su detención. En este caso el grupo armado debe procurar que se instituya un órgano imparcial e independiente que pueda resolver la pretensión, pues de lo contrario sí nos hallaríamos ante una detención arbitraria. El cumplimiento de lo expuesto requiere, en todo caso, que el grupo armado tenga un control *de facto* de parte del territorio, de tal forma que sea capaz de ejercer funciones gubernamentales para garantizar los derechos de las personas que están bajo su control¹⁷².

5.6. Elemento subjetivo del injusto

Las Salas han conformado un crimen de guerra doloso, exigiendo su comisión intencionada, esto es, con la voluntad de perfeccionar los elementos del tipo penal. Se requiere que el responsable no tenga motivos razonables para creer que la detención por cuestiones imperiosas de seguridad resulta necesaria¹⁷³. Este razonamiento resulta a colación de la figura del error de tipo, pues si el responsable acredita que estaba en la convicción de que la detención de la persona lo fue por causas imperiosas de seguridad —aunque posteriormente en el juicio se decida que no concurrían estos motivos— el elemento subjetivo del injusto no se habría perfeccionado. De esta manera, las Salas solo podrán condenar al responsable que detuvo o encerró a personas que no participaban directamente en las hostilidades sabiendo que no concurrían motivos imperiosos de seguridad, una causa criminal o que no se respetaban las

¹⁷² Cfr. MURRAY, D., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 120 a 154.

¹⁷³ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 651; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 97.

garantías procedimentales esenciales. En el *caso Salih Mustafa* las Salas entendieron que el acusado era conocedor de que no se habían respetado las garantías de los detenidos por varios motivos: la posición de jefe que ostentaba como responsable de la *BIA guerrilla unit del KLA* que operaba en la zona; porque estuvo presente en las instalaciones donde permanecieron encerrados los detenidos, llegando a conocerlos e interrogarlos y porque liberó a algunos de ellos y a otros no. Estas circunstancias condujeron a las Salas a considerar que el acusado sabía de la existencia de detenidos sobre los que no se respetaban las garantías esenciales, no haciendo nada al respecto para evitarlo. El hecho de ser responsable de la unidad fue una cuestión capital, pues como mando militar debía velar por el respeto de las garantías y derechos de las personas bajo su autoridad¹⁷⁴. Las Salas además siguieron la jurisprudencia del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia consistente en que si el responsable de un centro de detención libera a unas personas y otras no sabe perfectamente que estas últimas tienen derecho a una revisión judicial¹⁷⁵.

De otra parte, las Salas efectuaron una afirmación controvertida en Derecho penal internacional, nos referimos a que el acusado debe saber que a los detenidos no se les han respetado las garantías antedichas o ser *imprudente* en cuanto a si esas garantías se han otorgado o no¹⁷⁶. Ciertamente, se está introduciendo la posibilidad de sancionar penalmente una conducta imprudente temeraria, aspecto harto complejo que ha suscitado mucha controversia, pues ni siquiera la Corte Penal Internacional admite el dolo eventual en la comisión de los crímenes de su competencia¹⁷⁷. Esta posición trae causa del concepto de *recklessness* mantenido por el referido tribunal *ad hoc*, asociándolo más bien al dolo eventual que a una imprudencia temeraria¹⁷⁸, aunque somos conscientes que la línea divisoria de ambas figuras es muy tenue y difícil de trazar. Por otra parte, la figura de la responsabilidad del superior sí podría conllevar el reconocimiento de una conducta omisiva imprudente.

¹⁷⁴ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 654 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 379.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 651.

¹⁷⁷ Cfr. GIL GIL, A., *op. cit.*, p. 195; en esta aportación partimos de la idea de que el término *recklessness* se aproxima a una conducta imprudente temeraria.

¹⁷⁸ Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 378; cfr. BADAR, M.E., Drawing the boundaries of *mens rea* in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia, *International Criminal Law Review*, núm. 6, 2006, p. 313 y ss.; cfr. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 66 a 69.

5.7. ¿Nos hallamos ante una violación grave de una norma humanitaria?

La respuesta a esta pregunta resulta capital para calificar este injusto como un crimen de guerra. Hasta el momento, hemos defendido que los elementos del tipo penal encuentran su *ratio essendi* en normas de derechos humanos, las cuales, reiteramos, siguen vigentes en situaciones de conflicto armado. La violación de estas normas puede suscitar la idea de calificar las detenciones arbitrarias practicadas en contiendas armadas de carácter no internacional como un crimen contra la humanidad, en su modalidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derechos humanos, *ex art. 7.1.e)* del Estatuto de Roma. Muestra de ello es que las Salas en el *caso Hashim Thaci et al.*, han confirmado la acusación tanto por crímenes de guerra de detención arbitraria como por crímenes contra la humanidad de encarcelamiento¹⁷⁹. El inconveniente de este tipo penal reside en demostrar el elemento contextual característico de los delitos de lesa humanidad, a saber, la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, máxime cuando el ataque debe ser *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*, *ex art. 7.2.a)* del Estatuto de Roma¹⁸⁰.

Sentado lo anterior, para que un comportamiento sea constitutivo de un crimen de guerra es obligatorio que vulnere gravemente una norma del *ius in bello* que comporte responsabilidad penal¹⁸¹. Lo determinante es que los derechos humanos lesionados o puestos en peligro estén protegidos en una norma humanitaria. La libertad de pensamiento, el derecho de asociación o reunión son derechos humanos, ahora bien, su violación

¹⁷⁹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 231, en donde se acusa por la detención arbitraria de al menos 392 personas entre abril de 1998 y agosto de 1999 por integrantes del grupo armado KLA. Igualmente, en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, en el caso núm. 01 relativo a la causa contra el Secretariado de las FARC-EP se han considerado como crímenes contra la humanidad en su modalidad de encarcelamiento hechos semejantes a los enjuiciados por las Salas Especiales de Kosovo, *cfr.* Auto TP-SeRV-AI-No 003-2024, de 29 de abril de 2024, Jurisdicción Especial para la paz, Tribunal de Paz, Sección de 1ª instancia para casos de Reconocimiento, de Verdad y de Responsabilidad, caso núm. 01: toma de rehenes y graves privaciones de libertad y otros crímenes cometidos por el Secretariado de las FARC-EP, p. 95 y ss.

¹⁸⁰ Para comprender los elementos generales del crimen contra la humanidad, *cfr.* LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 239 y ss.

¹⁸¹ En otro lugar, *cfr.* MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, p. 268 y ss., WERLE, G., *op. cit.*, p. 424; METTRAUX, G., *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford, University Press, 2005, p. 29; *cfr.* Judgment of the ICC (Trial Chamber), *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, 26 June 2024, para. 1252.

grave en caso de conflicto armado no constituye *per se* un crimen de guerra porque no están salvaguardados en normas humanitarias; sin perjuicio de que sean delitos domésticos, y en el caso del derecho de asociación a lo mejor podríamos hallarnos ante el crimen contra la humanidad de persecución (art. 7.1.h) del Estatuto de Roma).

Es cierto que la detención arbitraria está prohibida en todo conflicto armado¹⁸², sin embargo esta proscripción lo es por mandato de las normas de derechos humanos, concretamente, del art. 9 del Pacto Internacional. ¿Cuál es entonces la norma humanitaria violentada en las detenciones arbitrarias? El fundamento esgrimido por las Salas ha sido asociar la detención arbitraria a un trato inhumano, lo que supondría la vulneración del art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del aparato 1º del art. 4 del PAII¹⁸³, normas que han cristalizado en Derecho consuetudinario y que demandan un trato humano a toda persona que no participa directamente en las hostilidades o que ha quedado fuera de combate¹⁸⁴. ¿Qué debemos entender por trato humano? Sin perjuicio de que no hay norma convencional o consuetudinaria que defina este concepto, existe consenso en afirmar que el trato humano es el principio vertebrador de las normas del *ius in bello*, hecho constatado por la codificación de la cláusula Martens en los art. 63 CGI, art. 142 CGIII, art. 158 CGIV, apartado 2º del art. 1 del PAI y preámbulo del Protocolo II Adicional. La comunidad internacional configuró el trato humano mediante la prohibición de determinadas conductas o imponiendo determinadas obligaciones a las Partes contendientes, pero sin llegar a definirlo. Con ello se pretendía evitar el encorsetamiento de este concepto en una definición que no pudiera ser aplicada *ad futurum* a otras situaciones no contenidas en aquella¹⁸⁵. Este pensamiento ha surtido efecto en las Salas, afirmando que el trato humano del art. 3 común es más amplio que las prohibiciones tasadas de manera ilustrativa —pero no exhaustivamente— en dicha norma humanitaria¹⁸⁶. De esta manera, el trato humano puede adaptarse a las peculiaridades de cada situación, atendiendo a las

¹⁸² HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, 2007, Regla 99: «Queda prohibida la privación arbitraria de libertad», p. 392 y ss.; *cfr.* Doc. UN HRC/22/44, 24 December 2012, párr. 45.

¹⁸³ *Cfr.* DINGWALL, J., *op. cit.*, p. 147 y 148; *cfr.* HILL-CAWTHORNE, L., *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁴ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *op. cit.*, Regla 87: «las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad», p. 349 y ss.

¹⁸⁵ *Cfr.* PICTET, J.S., *Commentary to IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, ICRC, 1958, p. 66; *cfr.* Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, p. 175.

¹⁸⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 154; *cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 49, en esta sentencia se infiere que las prohibiciones establecidas en el art. 3 común conforman un ejemplo de *numerus apertus*, de ahí que puedan existir otros comportamientos prohibidos por la costumbre que lesionen el mentado art. 3 común.

circunstancias contextuales, personales o temporales existentes. Y aquí la costumbre juega un papel capital, pues con base en aquélla se determina qué otros comportamientos no enumerados en el art. 3 común o en el apartado 1º del art. 4 del PAII son contrarios al trato humano. Otra cuestión no menos importante es la relación del trato humano con el valor fundamental de la dignidad de la persona¹⁸⁷. Va de suyo recordar que la esencia del Derecho internacional humanitario, así como de las normas de derechos humanos, reside en la salvaguarda de la dignidad humana, principio fundamental que vertebra todo el *corpus* normativo de estas normas¹⁸⁸. El respeto por la dignidad humana, a su vez, ha sido codificado en el art. 3 común, en el apartado 2º del art. 75 del PAI y en el apartado 2º del art. 4 del PAII —normas todas ellas de innegable naturaleza consuetudinaria, al versar sobre garantías fundamentales de la persona—, siendo un corolario del principio de humanidad.

Una ayuda innegable para saber de qué hablamos cuando nos referimos al trato humano la encontramos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Lo que es inhumano en tiempo de paz debería serlo también en tiempo de guerra. Así las cosas, el Tribunal Europeo ha manifestado que el trato inhumano consiste en toda conducta que ocasiona un sufrimiento grave físico o mental injustificable, o que causa sentimientos de angustia, miedo o inferioridad capaces de humillar y degradar a la víctima, siendo, en todo caso, necesario un mínimo de gravedad en la conducta¹⁸⁹. Este concepto ha sido mantenido por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia en su jurisprudencia, diferenciándolo de la tortura con base en la menor gravedad existente¹⁹⁰. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Europeo, aunque para valorar la severidad del sufrimiento padecido por la víctima valoran las características del trato, su duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos,

¹⁸⁷ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksvoski*, 25 June 1999, párr. 49.

¹⁸⁸ *Cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Furundzja*, 10 December 1998, párr. 183.

¹⁸⁹ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Al-Hawsawi v. Lithuania*, Application núm. 6383/17, 16 January 2024, párr. 204; Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Labita v. Italy*, Application núm. 26772/95, 6 April 2000, párr. 120; por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 34/2022, de 7 de marzo, ha considerado los tratos inhumanos como aquellas conductas que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto.

¹⁹⁰ *Cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Kordic*, 17 December 2004, párr. 39; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Blaskic*, 3 March 2000, párrs. 154 y 155.

entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales¹⁹¹.

Llegados a este punto, la detención arbitraria en una contienda armada de carácter no internacional podría constituir un crimen de guerra porque comporta la violación grave del trato humano requerido en el art. 3 común y el apartado 1º del art. 4 del PAII. La exigencia de tratar humanamente a las personas civiles en caso de conflicto armado internacional está codificada en el párrafo 1º del art. 27 del CGIV, norma que inmediatamente en su párrafo 4º autoriza a las Partes beligerantes a adoptar las medidas de seguridad necesarias, a causa de la guerra, contra las personas protegidas por este convenio. En esta norma se vislumbra una manifiesta relación de causalidad entre el trato humano y las medidas de internamiento permitidas en el *ius in bello*, de suerte que el internamiento para que no lesione dicho trato humano debe ser absolutamente necesario por causas de seguridad. Nos hallamos ante un supuesto especial de detención no previsto expresamente en las normas de derechos humanos —principalmente en el art. 5 de la Convención Europea—. Si esto es así en los conflictos armados internacionales ningún impedimento debe existir para que ocurra lo mismo en los de carácter no internacional. Por ello, la detención arbitraria prohibida en las normas de derechos humanos supone una violación tanto del trato humano como del respeto de la dignidad humana demandado a las Partes contendientes en el art. 3 común y en el apartado 1º del art. 4 del PAII¹⁹².

5.8. *¿Delito de ultraje contra la dignidad personal?*

El problema de anudar la detención arbitraria a la violación del trato humano, puesto en relación con la vulneración del respeto a la dignidad de la persona, radica en que ya están tipificados los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, como crimen de guerra en el contexto de una contienda armada de carácter no internacional, *ex* art. 8.2.c) ii) del Estatuto de Roma. Ciertamente es que en el art. 8.2.a) ii) del Estatuto de Roma se tipifica expresamente el trato inhumano mientras que en el art. 8.2.c) no lo está, pero ello no quiere decir que no nos hallemos ante un mismo comportamiento prohibido, pues ambos transgreden el principio de humanidad y la protección de la dignidad personal¹⁹³. De hecho, el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia

¹⁹¹ Sentencia de la Corte Interamericana, *Caso Rosendo Cantú y otras v. México*, 31 de agosto de 2010, párr. 112; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 53.

¹⁹² *Cfr.* HILL-CAWTHORNE, L., *op. cit.*, p. 81 y 82.

¹⁹³ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Kordic*, 17 December 2004, párr. 256.

en el caso *Aleksovski* sostuvo que los ultrajes contra la dignidad personal eran una especie de trato inhumano igualmente deplorable¹⁹⁴.

¿Era necesario para las Salas acudir al Derecho consuetudinario para sancionar penalmente las detenciones arbitrarias cuando podían calificarse como un crimen de guerra de ultraje contra la dignidad personal? Tales conductas podían sustentarse en los elementos de este tipo penal, ya que la ausencia de respetar las garantías procesales de los detenidos, así como la ausencia de todo fundamento legal para su detención, son circunstancias que acarrearán sentimientos de humillación, envilecimiento o degradación en las víctimas, quienes son tratados como meros objetos carentes de cualquier significación humana, sin derechos ni garantías; pero, sobre todo, esta conducta sería grave, toda vez que la privación de libertad de las personas con vulneración de los derechos antedichos constituye *per se* un menoscabo serio de los valores y libertades fundamentales del ser humano. Cuestión diferente será que la calificación propuesta como un ultraje contra la dignidad de la persona supone que el bien jurídico-penal primario a proteger ya no sea la libertad de la persona, sino el respeto de su dignidad e integridad moral. Pero esto no incide en lo verdaderamente valioso para el orden internacional, que es la seguridad internacional, máxime cuando estamos ante un tribunal de naturaleza internacional. Recurrir a la innovación penal por vía del Derecho consuetudinario, con menoscabo del principio de legalidad estricto que demanda la sociedad en la protección del orden internacional, resulta cuestionable. Bien es cierto que en tiempos pasados resultó imperioso el desarrollo del Derecho penal internacional mediante la costumbre¹⁹⁵. Ahora bien, con la aprobación del Estatuto de Roma —culminación por excelencia del Derecho penal internacional— se preserva lo valioso del principio de legalidad estricto, no habiendo lugar para la costumbre en la creación de nuevos tipos penales, de ahí que nos sorprenda que las Salas hayan recuperado la confianza en la norma no escrita para juzgar unos hechos que podrían serlo en aplicación de otros crímenes internacionales tasados y descritos en la ley, como pudiera ser el crimen contra la humanidad en su modalidad de encarcelamiento o el crimen de guerra de ultraje contra la dignidad personal.

También resulta criticable que las Salas no hayan recurrido a los criterios establecidos en el caso *Tadic* por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia para determinar si una determinada conducta es constitutiva de un crimen de guerra¹⁹⁶. Teniendo en consideración la influencia

¹⁹⁴ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 54.

¹⁹⁵ Antes de la constitución de los tribunales *ad hoc* los crímenes de guerra solo estaban reconocidos para las contiendas armadas internacionales, dudándose de su existencia en las de carácter no internacional.

¹⁹⁶ Decision of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Dusk Tadic*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94.

de este tribunal en las Salas, no solo por cuestiones territoriales, sino también por cuestiones materiales, nos sorprende que no se haga uso de estos criterios jurisprudenciales para sustentar la validez de la norma no escrita, tal y como hizo el Tribunal Especial del Líbano para el delito de terrorismo¹⁹⁷. Los criterios a los que nos referimos son los siguientes: 1) la conducta juzgada debe suponer una violación de una norma de DIH; 2) la norma debe ser consuetudinaria o convencional, en cuyo caso las condiciones requeridas se deben cumplir; 3) la violación de la norma debe constituir una infracción de una norma que protege valores importantes y que entraña graves consecuencias para la víctima; 4) la violación de la norma debe comportar responsabilidad penal individual, ya sea con fundamento en una norma convencional o consuetudinaria. A nuestro juicio, el crimen de guerra reconocido por las Salas es fruto de una mezcla de normas de difícil comprensión. Por un lado, los elementos del tipo penal están configurados con base en normas de derechos humanos, sin embargo, por otro lado, la detención arbitraria constituye una violación del respeto a la dignidad humana inherente del principio de humanidad que vertebra las normas de DIH. No obstante, el respeto por la dignidad del ser humano y el principio de humanidad son un bien común tanto de las normas de derechos humanos como de las normas humanitarias. El sustrato material es idéntico, lo que difiere es que las normas del *ius in bello* expresamente manifiestan lo que está prohibido o las obligaciones que deben adoptar las Partes contendientes para respetar estos valores esenciales, mientras que las normas de derechos humanos se expresan *in abstracto*, confiriendo una protección general que en algunos supuestos puede ser suspendida a causa de situaciones excepcionales de seguridad del Estado, cosa que no sucede con la norma humanitaria.

En este orden de ideas, las Salas podían haber manifestado que las detenciones arbitrarias comportan la violación de una norma de DIH, a saber, el respeto a la dignidad de la persona que forma parte del trato humano *ex art. 3 común y apartado 1º del art. 4 del PAI*, siendo estas normas de naturaleza convencional y consuetudinaria; que dicha violación implica la infracción de una norma que protege valores importantes, como son la dignidad de la persona y su libertad personal, así como que entraña graves consecuencias para la víctima; y, por último, que el comportamiento en cuestión comporta responsabilidad penal individual, ya que en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales se castiga el delito de detención ilegal, y por lo menos en diecisiete Estados se castiga este delito como crimen de guerra en las contiendas armadas de carácter

¹⁹⁷ Decision of the Special Tribunal for Lebanon (Appeal Chamber), *Case STL-11-01/I*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, párr. 103, aunque este criterio no fue posteriormente asumido por la Sala de primera Instancia que dictó sentencia.

no internacional¹⁹⁸, sin perjuicio de que en el momento de los hechos acaecidos en Kosovo resultaba de aplicación el art. 142 del Código Penal de la Federación de Yugoslavia que sancionaba como crimen de guerra la detención ilegal para conflictos armados de carácter no internacional¹⁹⁹. Lejos de hacer esto, las Salas para afirmar que la prohibición de la detención arbitraria forma parte de la costumbre han descansado su decisión principalmente en el estudio del CICR sobre el Derecho consuetudinario. Sin perjuicio de la relevancia de este estudio, consideramos que las Salas deberían haberse apoyado en los criterios jurisprudenciales antedichos aceptados generalmente.

6. Conclusiones

El desarrollo de la Justicia penal internacional se ha visto enriquecido con la constitución de las Salas Especiales de Kosovo, tribunal híbrido *sui generis* que podríamos calificar como un tribunal internacional nacionalizado, por estar integrado en el sistema judicial kosovar; por aplicar principalmente Derecho internacional, porque sus jueces y el fiscal, así como su designación, son internacionales, y por tener su sede fuera del territorio kosovar, concretamente en La Haya. Este tribunal, a contracorriente de la situación actual del Derecho penal internacional, cuyo máximo exponente es la Corte Penal Internacional, ha recuperado el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal. El regreso de la norma no escrita como fuente sustantiva del Derecho penal supone el sacrificio del principio general más importante del Estatuto de Roma, el principio de legalidad estricto, aceptado mayormente por la sociedad internacional. Este regreso del Derecho consuetudinario como fuente sustantiva del Derecho penal internacional —teniendo en cuenta la codificación existente de esta materia— no resulta justificable. Se ha retornado a épocas pretéritas en donde la seguridad jurídica del justiciable quedaba al albur de la determinación de si una conducta era merecedora de castigo aunque no estuviera sancionada en norma penal alguna, asociando el principio de legalidad a una regla de justicia sustantiva. De hecho, las Salas se han constituido como auténticos cuasi legisladores del orden internacional, determinando la existencia de un nuevo crimen internacional desconocido hasta el momento, el crimen de guerra de detención arbitraria en una contienda armada de carácter no internacional. La configuración de este nuevo delito ha sido esencialmente con base en normas de derechos humanos, de suerte que la perfección del injusto nos aproxima a un crimen contra la humanidad en su modalidad de encarce-

¹⁹⁸ Cfr. HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *op. cit.*, Regla 99.

¹⁹⁹ Cfr. Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 159 y 160.

lamento. A pesar de lo anterior, la detención arbitraria también conlleva una violación grave del trato humano que impera en las normas humanitarias —del que forma parte inherente la dignidad del ser humano—, por lo que formalmente podríamos estar ante un crimen de guerra, cuya mejor calificación jurídica, en aras de respetar plenamente el principio de legalidad estricto, sería el de ultraje contra la dignidad personal, delito que sí está tipificado en el orden internacional para las contiendas armadas de carácter no internacional. El tiempo dará o quitará la razón a unos y otros sobre la existencia del crimen de guerra hallado por las Salas con fundamento en el Derecho consuetudinario, así como de los elementos que lo integran. Si esto sucede, lo suyo es que se enmiende el Estatuto de Roma para tipificarlo, demostrándose así la importancia del Derecho consuetudinario para la Corte Penal Internacional. En cambio, si la comunidad internacional no reconoce este nuevo crimen de guerra habremos presenciado un exceso en la aplicación de justicia por parte de las Salas en nombre de una de las fuentes del Derecho internacional.

En cualquier caso, resulta reseñable que el tipo penal configurado por las Salas no describa la conducta típica, centrándose solamente en el resultado del tipo y sus elementos normativos. Se trata de un delito complejo, al prever su comisión tanto mediante un comportamiento activo como omisivo. El injusto tiende a proteger dos bienes jurídicos diferenciados, uno individual como es la libertad deambulatoria de las personas, y otro colectivo y perteneciente al orden internacional como es la seguridad internacional. Sin el menoscabo o puesta en peligro de este último difícilmente podríamos encontrar ante un crimen internacional. El tipo penal solo protege a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, por lo que, en principio, los combatientes en un sentido genérico no estarían protegidos por la norma penal. Por último, los elementos normativos contenidos en la norma no escrita encuentran su fundamento en las normas de derechos humanos, básicamente porque en las contiendas armadas de carácter no internacional las normas del *ius in bello* guardan silencio sobre las causas y motivos de las detenciones, no existiendo autorización alguna al efecto ni convencional ni consuetudinariamente, por lo que las normas domésticas y de derechos humanos se erigen en la piedra angular que debiera dar respuesta a los interrogantes concernientes a estos elementos normativos.

FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LA CLAUSULA DE AGRAVACIÓN «VÍCTIMAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O DE ESPECIAL VULNERABILIDAD» DEL CÓDIGO PENAL: HACIA UN CONCEPTO DE «VULNERABILIDAD VICTIMAL»¹

Ana I. Pérez Machío

Profesora Titular (Catedrática acredit.) Derecho Penal
Investigadora Instituto Vasco Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Title: *The criminal-legal basis of the aggravation clause «victims in a vulnerable or especially vulnerable situation» of the criminal code: towards a concept of «victim vulnerability»*

Resumen: Las clausulas de agravación previstas en el Código Penal, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima presentan no pocos problemas, tanto desde el punto de vista del fundamento jurídico-penal, como desde la delimitación de las mismas, a la vista de la adopción de una técnica legislativa que, en el presente ámbito, se caracteriza por su heterogeneidad y ausencia de uniformidad. El presente trabajo pretende abordar de una manera exhaustiva la cuestión de la conceptualización de las mencionadas clausulas, así como la concreción del fundamento jurídico-penal en un intento de dotar a las mismas de la coherencia y racionalidad necesarias en el marco de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático y de Derecho.

¹ El presente trabajo se desarrolla en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno Vasco GICCAS (IT 1486-22), de la Red de investigación «Violencia contra las mujeres: nuevos desafíos VIOMUJ- (RED2022-134101-T)» y del Proyecto de investigación «La tutela penal de las personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuesta de «lege data y de lege ferenda» (REF: PID2020-116407RB-I00)»

Palabras clave: vulnerabilidad social; «víctima en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»; menores de edad; personas con discapacidad; personas con enfermedades; personas mayores adultas; subtipos penales agravados; «vulnerabilidad victimal».

Summary: *The aggravation clauses provides for in the Penal Code, as a consequence of the situation of vulnerability of special vulnerability of the victim, present many problems, both from the point of view of the legal criminal basis, and from the delimitation of them, as a consequence of the adoption of a legislative technique that, in the present field, is characterized by its heterogeneity and lack of uniformity. The present work aims to address in an exhaustive manner the question of the conceptualization of the aforementioned clauses, as well as the concretion of the legal-criminal basis in an attempt to provide them with the necessary coherence and rationality within the framework of its own Criminal Law of a Democratic State.*

Keywords: *social vulnerability; «victim in a situation of vulnerability or special vulnerability»; minors; people with disabilities; people with illnesses; adult seniors; aggravated criminal subtypes; «victim vulnerability».*

Sumario: I. Aproximación al concepto de «vulnerabilidad social». - II. Tratamiento jurídico internacional de la protección penal reforzada de las «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad». - A. Introducción. - B. Disposiciones internacionales para la protección de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - a) La protección internacional de las personas menores de edad en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - b) La protección internacional de las personas con discapacidad, con enfermedad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - c) La protección internacional de las personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - C. La protección penal reforzada de menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedad y personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad: un enfoque basado en sus derechos humanos. - III. Delimitación conceptual de la cláusula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: hacia la configuración de un concepto jurídico-penal de «vulnerabilidad victimal». - A. Introducción. - B. Delimitación conceptual de la cláusula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad». - IV. «Víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: fundamento jurídico penal de los subtipos agravados. - A. El fundamento jurídico-penal de las cláusulas de agravación por razón de la vulnerabilidad victimal del sujeto pasivo. - B. Problemas de compatibilidad entre la cláusula de «vulnerabilidad victimal» y el principio «non bis in ídem»: a propósito del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas. - a) Introducción. - b) Supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas. - C. Síntesis. - V. Los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en el marco del Código Penal: hacia una circunstancia agravante genérica en cuanto propuesta de «leger ferenda». - VI. Bibliografía

I. Aproximación al concepto de «vulnerabilidad social»

Tradicionalmente la «vulnerabilidad» ha estado ligada a la idea de «gestión del riesgo», de maximizar el impacto y la eficiencia de recursos limitados, de predecir ciertos riesgos o de minimizar los daños, cuando

las amenazas o peligros se hacen realidad. La noción de vulnerabilidad, en sentido amplio, alude a la probabilidad (riesgo) de que las personas, hogares o comunidades puedan ser lesionados o dañados, tanto por modificaciones de su entorno, como a raíz de las limitaciones de los atributos que les son propios². Esta noción de vulnerabilidad es multidimensional y multicausal, puesto que se refiere a la convergencia de una constelación de factores externos e internos que se manifiestan a escala de personas, hogares o comunidades en tiempos y espacios determinados³. Desde esta perspectiva, la idea de vulnerabilidad se presenta bajo dos dimensiones: una externa, relativa a la exposición del riesgo y una interna, relativa a la capacidad de afrontarlo⁴. Así, se entiende que la «vulnerabilidad» da lugar a una mayor necesidad de protección, afianzándose la idea de «resiliencia», ligando la vulnerabilidad que sufren determinados grupos a los elementos que los distinguen de otros colectivos que no son tan vulnerables⁵.

Los grupos en situación de vulnerabilidad son entonces aquellos con más probabilidades de sufrir daño o, si lo sufren de recuperarse peor o de no recuperarse, presentándose, entonces, la vulnerabilidad como característica de estos grupos. A partir de esta primera aproximación, podemos entender que la vulnerabilidad está asociada a una situación cualitativamente específica (fragilizada), frente a la posibilidad de daño y desestabilización, en la que un sujeto/agente de vulneración, mediante una relación de poder, coloca a otro sujeto como vulnerable⁶, emergiendo, como consecuencia de esta clasificación, los riesgos de estereotipación, estigmatización, negación o reducción de autonomía y capacidades personales de quienes los integran y, en última instancia, justificando que los miembros de estos grupos sean puestos bajo tutela propiciando así, riesgos de dependencia inducida y la configuración y el control de la nor-

² Por todos, BONSIGNORE FOUQUET, «Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 21.

³ Así lo recoge, muy acertadamente, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE -CEPAL, *Informe de la reunión de expertos: Seminario internacional sobre las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile, 20 y 21 junio 2001)*, p. 6.

⁴ MORONDO TARAMUNDI, «¿Un nuevo paradigma para la igualdad?. La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 209.

⁵ Por todos, OSORIO PEREZA, «Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE, Fortaleza, 2022, p. 379.

⁶ DE OLIVEIRA FIGUEIREDO/CARRANZA WEIHMÜLLER/VERMELHO/BACIGALUPO ARAYA, «Discusión y construcción de la categoría teórica de vulnerabilidad social», en *Cuadernos de Pesquisa*, vol. 47, 2017, p. 800.

ma a través de sujetos considerados como «marginales», «dependientes», «patológicos», es decir, «no iguales»⁷.

Frente a esta forma de entender la «vulnerabilidad», vinculada a la concurrencia en determinados grupos o colectivos de características concretas, pronto surge una concepción ontológica de la vulnerabilidad, como condición compartida por la totalidad de los seres humanos, es decir, en cuanto condición universal propia de las personas, en la medida en que no somos «invulnerables» y, aunque en la vida real no todas las personas somos igualmente vulnerables, lo somos de algún modo y, en algún momento⁸, debido a la fragilidad de las condiciones que sustentan la vida en general, y la vida humana, en particular⁹. Ahora bien, hablar de vulnerabilidad como inherente a todo ser humano, tiende a ocultar los contextos y circunstancias específicas en las que los individuos se enfrentan a situaciones de riesgo; tampoco permite observar los mecanismos que articulan los recursos y las estrategias con las que se enfrenta el riesgo, ni distinguir entre vulnerabilidad y consistencia, puesto que ser vulnerable no es estar vulnerado, sino la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera¹⁰, cuando precisamente éstos son pieza clave para entender determinado tipo de vulnerabilidad¹¹.

Sin embargo, al margen de esta última interpretación, por lo que respecta al objeto del presente trabajo, vamos a centrar la atención en aquel concepto de «vulnerabilidad» que permite identificar a determinados colectivos de sujetos que pueden llegar a convertirse en potenciales víctimas de delitos, debido a la concurrencia en los mismos de determinadas características y, esto, necesariamente, nos ubica en el concepto tradicional de «vulnerabilidad», vinculada a la gestión de riesgos o en lo que la doctrina mayoritaria ha convenido en denominar como «vulnerabilidad social», es decir, en aquella que centra la atención en las condiciones que generan desigualdades en los grados de vulnerabilidad que una persona puede enfrentar, a causa de su distribución desigual de recursos o capacidades.

Como muy acertadamente destaca Liedo, la «vulnerabilidad social» incide en las condiciones que generan determinadas situaciones de vulnerabilidad, de manera que algunas personas son más vulnerables que otras a causa de una desigualdad estructural. La vulnerabilidad social puede entenderse, continúa la autora, como una exacerbación de la vulnerabilidad ontológica (anteriormente mencionada), agravada por deter-

⁷ MORONDO TARAMUNDI, op. cit., p. 210.

⁸ FINEMAN, «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008, p. 1.

⁹ BONSIGNORE FOUQUET, op. cit., p. 23.

¹⁰ OSORIO PEREZA, op. cit., p. 390.

¹¹ BARRÈRE UNZUETA, «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica. ¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, p. 19.

minadas circunstancias¹². Al efecto, se puede entender por «grupos en situación de vulnerabilidad» aquellos que, dado el menosprecio generalizado de alguna condición común a sus integrantes, o un prejuicio de naturaleza social que les sirve de estigma, producido por una situación histórica de opresión o injusticia, sufren de manera sistemática en lo que se refiere al disfrute y ejercicio de sus derechos¹³.

En la medida en que la vulnerabilidad social destaca las desigualdades, analizando los peligros a los que se tienen que enfrentar las personas, hay que concluir que la vulnerabilidad se produce en una encrucijada determinada entre persona y entorno, de tal forma, que las condiciones de vulnerabilidad no pueden, entonces, concebirse como algo innato a determinados colectivos, sino que siempre aparecen en un determinado contexto histórico, social, cultural e institucional¹⁴. Por consiguiente, será necesario desglosar la relación que impera entre estructuras sociales e institucionales y las situaciones individuales que las producen, habiendo de tener en cuenta el «género», la «raza», la «posición económica», la «discapacidad», la «orientación sexual», la «edad», el «origen nacional» o la «religión», entre otros factores¹⁵. A partir de aquí, es posible identificar grupos de personas más propensos al daño que otras, esto es, los denominados «grupos en situación de vulnerabilidad».

Atender al concepto de «grupos en situación de vulnerabilidad» requiere, por lo tanto, comprender las dinámicas sociales que preceden a la configuración de las relaciones entre las personas que tienen lugar en un determinado escenario o contexto. En este escenario, se identifica como «grupos en situación de vulnerabilidad» a aquellos constituidos por sujetos que se encuentran en una especial posición de fragilidad e indefensión ante los cambios originados en el entorno.

Varios son, en este sentido, los condicionantes que ubican a los «grupos en situación de vulnerabilidad» en la mencionada posición de fragilidad o debilidad. En primer lugar, nos encontramos con los relativos al desamparo institucional, a partir de aquellas situaciones en las que el Estado no contribuye a fortalecer, ni cuida sistemáticamente de su ciudadanía. En segundo lugar, destacamos los relacionados con la debilidad interna para afrontar concretamente los cambios necesarios de la persona u hogar para aprovechar el conjunto de oportunidades que se le presenta. En tercer lugar, se presentan los asociados a la inseguridad permanente que paraliza, incapacita y desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar

¹² LIEDO, «Vulnerabilidad», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021, p. 246.

¹³ GARRIDO GÓMEZ, «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, p. 308.

¹⁴ LIEDO, op. cit., p. 247.

¹⁵ GARRIDO GÓMEZ, op. cit., p. 310.

y, en cuarto y último lugar, destacamos los vinculados a la degradación de las condiciones que permiten una vida plena y saludable¹⁶, fruto de las relaciones establecidas. En este sentido, concurren en los mismos una serie de características tales como sexo, edad, género, discapacidad, que se convierten en los factores determinantes de su «debilidad» por la atribución de significado social que tienen asociada y, por tanto, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean vulnerados¹⁷.

Así, la vulnerabilidad es un asunto relacional y las condiciones que la determinan descansan sobre la estructura de una sociedad. La vulnerabilidad es el resultado de la interacción de estructuras socioeconómicas, políticas y discursivas, siendo por lo tanto, mutable temporal y contextualmente¹⁸. Consecuentemente, la vulnerabilidad es un estado y existe el riesgo de volverse vulnerable de un período temporal a otro¹⁹. Al respecto, parece claro que ese daño se puede vivir por el hecho de encontrarse en situaciones concretas por características vinculadas a desventajas o daños²⁰.

Desde esta perspectiva, las personas pueden estar en situación vulnerable, pero no en un estado fijo de vulnerabilidad. Cuando las personas o grupos se encuentran en desventaja permanente, y se enfrentan de manera continua a situaciones adversas, no deben ser considerados como vulnerables, sino como vulnerados, puesto que la condición de vulnerado refleja el hecho de haber sido dañado ya y estar en estado cuasipermanente de sufrir más daños, sin lograr apenas sobreponerse. Así, situar en el catálogo de «vulnerables» a determinadas poblaciones o colectivos de personas, no puede hacerse sin correr el riesgo de construir sistemas de representaciones forzadas, a partir de referentes puristas e inocentes; imprimiendo, al mismo tiempo, el estigma de la diferencia y haciendo evidente sus condiciones de indefensión y desamparo²¹. Si el vulnerable se relaciona con la exposición al riesgo que proviene de la relación entre lo interno y el entorno, que define las condiciones de vulnerabilidad²² y si se es vulnerable ante la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera, una vez producida la vulneración, el afectado deja de ser vulnerable y se convierte en vulnerado o dañado, parece entonces que no debe-

¹⁶ Véanse, en este sentido, BUSO, «Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social: usos, limitaciones y potencialidades par el diseño de políticas de desarrollo y de población», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 169.

¹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. Apuntes desde un enfoque interdisciplinar», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 19, 2018, p. 7.

¹⁸ GARRIDO GÓMEZ, op. cit., p. 308. En idéntico sentido, BUSO, op. cit., p. 175.

¹⁹ Es lo que DE OLIVEIRA FIGUEIREDO/CARRANZA WEIHMÜLLER/VERMELHO/BACIGALUPO ARAYA, op. cit., p. 813 vienen concibiendo como «vulnerabilidades en proceso».

²⁰ GARRIDO GÓMEZ, op. cit., p. 311.

²¹ OSORIO PEREZA, op. cit., p. 381.

²² COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL op. cit., p. 13.

ríamos hablar de «sistemas vulnerables», sino de «sistemas vulnerados», puesto que al referirnos a personas o poblaciones en estado de vulnerabilidad, hacemos referencia a las condiciones de indefensión, inseguridad, peligro, amenaza y riesgo en las que se encuentran²³.

En última instancia, la «vulnerabilidad social» se refiere a aquel tipo de vulnerabilidad que se construye a partir de estereotipos, roles y prácticas socioculturales establecidas en una determinada comunidad o sociedad, generándose conductas discriminatorias, en razón de la concurrencia, en determinadas personas, de ciertas cualidades del ser humano como la raza, el sexo, la condición o el origen social, la orientación sexual o el hecho de ser mujer, en relación al género²⁴. Se conforma como un espacio en el que confluyen fenómenos que definen situaciones de desventajas relativas a los sujetos para enfrentar riesgos de origen externo y de debilidades internas, a partir de la intervención de factores relacionados con las variables de la estructura y dinámica de la población²⁵. Dicho de otro modo, como muy acertadamente destaca Garrido Gómez, la «vulnerabilidad social» (o socio-estructural) tiene su origen en las desigualdades en las que se encuentran los sujetos o grupos en los que se integran para desarrollar sus capacidades básicas y tiene que ver con las consecuencias de una organización jurídica, política y social que vulnerabiliza a sujetos y grupos, en atención a circunstancias o caracteres que poseen, desencadenándoles daño o discriminación en la salud, educación, trabajo, acceso a la justicia, disfrute de derechos y calidad de vida, entre otros ámbitos. Este daño o condicionamiento, continúa la autora, puede ser también muy variado, pudiendo referirse a aspectos físicos, psicológicos, sociales, culturales, contextuales, biológicos, referentes al género, sexuales, religiosos, étnicos, económicos o relativos a sus relaciones con otros o con el contexto²⁶.

El enfoque social de la vulnerabilidad destaca así, la importancia de las estructuras y procesos socioespaciales dinámicos, determinantes de la vulnerabilidad de las personas y grupos desfavorecidos, enfatizando la comprensión de las condiciones de vida cotidiana de los individuos y comunidades para generar estrategias enfocadas a enfrentar y reducir la vulnerabilidad²⁷. Dicho de otro modo, desde el enfoque social de la vul-

²³ OSORIO PEREZA, op. cit., p. 387.

²⁴ PÉREZ CONTRERAS, «Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familia», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 342.

²⁵ BUSSO, op. cit., p. 173. En idéntico sentido, TELLO MORENO, «Derechos Humanos y vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 259.

²⁶ GARRIDO GÓMEZ, op. cit., p. 310.

²⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ/EGEA JIMÉNEZ, «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en *Papeles de Población*, núm. 69, 2011, p. 155.

nerabilidad, ésta se concibe como el resultado de la interacción entre una condición individual y los obstáculos que impiden o dificultan a determinados colectivos la participación en sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas²⁸.

Se aborda así la «vulnerabilidad» desde un enfoque basado en derechos, lo que implica, necesariamente, la implementación de mecanismos que permitan superar, por un lado, los obstáculos que impiden que este colectivo de sujetos participe en la sociedad en condiciones de igualdad y, por otro, las situaciones de discriminación que la misma implica en el marco de relaciones estructurales de poder. Con ello, si bien no se concluye, necesariamente, una interrelación entre «vulnerabilidad» y «discriminación», no se descarta dicho vínculo, en la medida en que la «vulnerabilidad social» constituye un factor que maximiza la posibilidad de sufrir discriminación en un contexto social determinado, en atención a un desequilibrio en la protección de los derechos, motivado por una desventaja, comúnmente agravada por situaciones de pobreza, marginación, edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, o el hecho mismo de ser mujer, entre otras²⁹.

El hecho mismo de que el concepto de «vulnerabilidad» o de «colectivos en situación de vulnerabilidad» se haya hecho presente, en los últimos tiempos, desde la perspectiva de la protección y reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, así como en relación al reconocimiento de la igualdad y la prohibición de discriminación, en el sentido que se abordará en los siguientes epígrafes, se presenta como la antesala de lo que puede ser un concepto jurídico de «vulnerabilidad», necesario no sólo para remover los obstáculos que impiden que estos colectivos disfruten de la totalidad de sus derechos en condiciones de igualdad, sino igualmente, para fundamentar, en los distintos supuestos de victimización sufridos, una tutela penal reforzada de los mismos, así como una respuesta punitiva cualificada, sustentada sobre la base de los límites de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático y de Derecho.

²⁸ TELLO MORENO, op. cit., p. 262.

²⁹ TELLO MORENO, op. cit., p. 263. En idéntico sentido, PÉREZ CONTRERAS, op. cit., p. 334.

II. Tratamiento jurídico internacional de la protección penal reforzada de las «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»

A. Introducción

Desde el punto de vista social, tal y como se ha venido advirtiendo, los grupos en situación de vulnerabilidad presentan características comunes a las posibilidades de sufrir un peligro, una amenaza, un riesgo, esto es, en cuanto probabilidad (riesgo) de ser lesionados o dañados en el contexto de una relación o interacción estructural, socioeconómica, política o discursiva. En efecto, frente a la concepción ontológica de la vulnerabilidad, cuya universalidad identifica a todos los seres humanos con personas en situación de vulnerabilidad, el enfoque social de la misma permite distinguir grados de vulnerabilidad, presentándose la misma como particularmente esclarecedora cuando repercute sobre determinadas personas o grupos en un grado e intensidad superior a la media, entre los que se vienen destacando, entre otras: mujeres, personas migrantes, pertenecientes a minorías, etc.

La tutela penal reforzada de estos colectivos de víctimas en situación de vulnerabilidad desde el enfoque social, se concreta, a nuestro modo de ver, en la regulación de la circunstancia agravante genérica por motivos de discriminación del artículo 22.4 del Código Penal³⁰, cuyo fundamento de agravación reside, desde un punto de vista general, en el mayor contenido del injusto derivado de la situación de desigualdad estructural en la que se ubican los colectivos de víctimas en dicho precepto y de la que se prevale el sujeto activo para la ejecución del hecho delictivo.

Así, si bien la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4 CP parece acoger, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación subjetivo, el enfoque social de la vulnerabilidad en el sentido anteriormente mencionado, vinculando la misma a los casos de desigualdad estructural sufrida por los colectivos previstos en ella, dicho precepto no contempla los supuestos de «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» que, como veremos a continuación, disponen en el marco del Código Penal de un tratamiento jurídico-penal propio e independiente del ámbito de aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP.

En efecto, el Código penal español alude a «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», para referirse a aquellos colectivos de personas, cuya vulnerabilidad, por motivos diversos, aparece como particularmente severa, al margen del ámbito de aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP. Desde esta perspectiva, identifica perso-

³⁰ En adelante CP

nas en situación de especial vulnerabilidad sobre la base de la concurrencia en las mismas de determinados factores de riesgo específicos que los convierte en potenciales víctimas de delitos con un doble objetivo: desde el punto de vista político-victimial, diferenciar y priorizar estrategias y recursos de prevención y de protección; y, desde el ámbito jurídico-penal, configurar subtipos penales agravados, a la vista del mayor desvalor derivado de la situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima que se concretan en los siguientes: 1. «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (arts. 148.5 y 153 CP); 2. Víctima menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación (art. 156 bis 4 b); 3. Víctima menor de 16 años o [...] persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1.1); 4. Víctima [...] especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o [...] menor de edad (art. 177 bis 4 b); 5. Persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia (art. 180.1.3 CP); 6. víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 184.4 CP).

Una lectura conjunta del tenor literal de los preceptos ahora mencionados, permite deducir que, el/la legislador/a español/a lejos de configurar «clausulas de agravación genéricas» frente a cualquier «víctima en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», configura, en el sentido manifestado, subtipos penales agravados, cuando las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad sean, mayoritariamente, personas menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedades y personas mayores adultas, en el ámbito de determinados tipos penales, en un intento de responder, a nuestro modo de ver, a las obligaciones que internacionalmente se han contraído para la protección penal reforzada de estos grupos de víctimas.

Veamos, a continuación, en qué se concretan dichas obligaciones internacionales y cómo han de interpretarse las mismas desde el punto de vista interno.

B. Disposiciones internacionales para la protección de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

- a) La protección internacional de las personas menores de edad en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

Como viene considerando mayoritariamente la doctrina, la especial protección de las personas menores de edad víctimas de delitos se configura sobre la base de su situación de vulnerabilidad, asociada a la falta

de madurez propia de esta etapa vital, según sus características biológicas, psicológicas y socioculturales³¹. Es lo que una parte importante de la doctrina viene denominando como «vulnerabilidad subjetiva», en atención a las circunstancias personales³² (anteriormente identificada con la «vulnerabilidad natural») que hacen incrementar el riesgo de victimización³³. En el supuesto de las personas menores de edad víctimas de delitos, la «vulnerabilidad subjetiva» refleja los supuestos de inferioridad e indefensión victimal en los que se encuentran los/as menores, sustentados sobre la base de las características biológicas y psicológicas que concurren en los/as mismos/as.

Así, cuanto menos edad tenga la persona, menor desarrollo biológico, y a mayor edad, mayor desarrollo, pudiendo en las distintas tipologías delictivas, en las que existen diferencias significativas en cuanto a grupos de edad, aislarse fácilmente un grupo de especial vulnerabilidad, por su escaso desarrollo biológico³⁴.

Partiendo de esta idea de vulnerabilidad subjetiva, la Convención sobre los derechos del niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 es un paso adelante en el reconocimiento de los derechos mínimos que se pueden exigir a los Estados en la protección debida a los y las menores de edad. En efecto, los Estados firmantes reconocen los derechos de los/as niños y niñas y, por tanto, se comprometen a adoptar los medios para protegerlos y hacerlos efectivos³⁵, sobre la base del «interés superior del menor»³⁶.

Ahora bien, junto a la vulnerabilidad subjetiva pueden darse, igualmente, supuestos de vulnerabilidad del menor delimitados por las interacciones con el entorno o el contexto que presentan características propias, esto es, niños/as que viven en determinadas condiciones de pobreza, de marginalidad, de desestructuración familiar, de abandono³⁷. En estos contextos, los condicionantes sociales del núcleo familiar van

³¹ Por todos, ANDREU FERNÁNDEZ, «Menores víctimas y situaciones de victimización», en Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, núm. 17, 2023, p. 61; GONZÁLEZ AGUDELO, «El menor como víctima del delito», en Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial, coord. por Ruiz Rodríguez y Navarro Guzmán. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 271.

³² Por todos, GONZÁLEZ AGUDELO, op. cit., p. 272.

³³ HERRERA MORENO, *La hora de la víctima: Compendio de victimología*. Edit. Edersa. Madrid, 1996. p. 205.

³⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Edit. Dykinson. Madrid, 2014, p. 210.

³⁵ GONZÁLEZ AGUDELO, op. cit., p. 294.

³⁶ Así se dispone en el tenor literal del artículo 3.1 de la Convención cuando establece lo siguiente: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»

³⁷ GONZÁLEZ AGUDELO, op. cit., p. 272.

a predisponer a todos los integrantes a una situación de vulnerabilidad no deseada. La dependencia emocional, educativa, cultural, económica, alimentaria e higiénica, entre otras, que los/as niños/as tienen con sus familias se verá satisfecha en relación a las posibilidades humanas, educacionales y económicas del grupo familiar³⁸. Hay pues que incluir como factores de vulnerabilidad infantil, los estructurales por defecto como serían la falta de empleo, la falta de relación personal, el poco cultivo de los valores espirituales o la escasa formación humana y cultural; pero también los estructurales por exceso, como pueden ser la posesión de abundantes bienes materiales difíciles de administrar, el exceso de trabajo que repercute en la calidad de vida, el exceso de vida social que olvida el núcleo familiar o el consumismo y competitividad mal aplicada.

La vulnerabilidad social o situacional incrementa, igualmente, el riesgo de victimización de los/as menores de edad, en tanto que genera, en muchas ocasiones, una doble victimización: la propia del delito que se comete sobre el menor; a la vista del contexto de indefensión y de desprotección en el que se encuentra, desde un punto de vista subjetivo, y la generada como consecuencia de los factores situacionales ahora mencionados.

Desde esta perspectiva, la propensión victimal del/a menor de edad hacia la victimización opera sobre la base de su «vulnerabilidad subjetiva y situacional», esto es, existe un elenco de factores de riesgo personales (falta de desarrollo del mismo) y situacionales (pertenencia a un grupo discriminado) que, en cuanto concurren en la persona del menor de edad, devienen blancos idóneos de victimización violenta y más concretamente de particulares manifestaciones delictivas relacionadas con dicha inferioridad, como puede ser, por ejemplo, el maltrato infantil o el abuso³⁹.

En este sentido, encontramos el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, que llama la atención de los Estados respecto a la necesidad de implementación de medidas que sean necesarias para tipificar como delito las conductas de abuso sexual, especialmente las cometidas «[...] *abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia*» (artículo 18.1 b). A efectos de la aplicación de este apartado, continúa el tenor literal del artículo 18, «[...] *cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño*» (artículo 18.2). En idéntico

³⁸ Como destaca GONZÁLEZ AGUDELO, op. cit., p. 280, Los adultos pueden elegir sus propias compañías, sin embargo, el grado de dependencia de los menores de edad limita dicha capacidad: no eligen a su familia, tampoco el entorno en el que se relacionan (barrio, escuela), todo ello explica su condición de potencial víctima de delitos.

³⁹ HERRERA MORENO, op. cit., p. 206.

sentido, en materia de prostitución de menores (artículo 19), pornografía infantil (artículo 20), corrupción de niños (artículo 22) y proposiciones a niños con fines sexuales (artículo 23), el Convenio se remite al contenido del artículo 18.2, instando a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delictivas estas conductas, especialmente cuando el/la menor víctima de las mismas se encuentre por debajo de la edad que el Ordenamiento Jurídico de cada Estado Parte fije como límite para la prohibición absoluta de realización de actividades de naturaleza sexual con los/as mismos/as.

Desde esta perspectiva, las conductas objeto de sanción vía Convenio de Lanzarote de 2007, distinguen dos tipos de intervenciones legislativas respecto de la edad de la víctima. Por un lado, la necesidad de intervenir, en general, cuando la víctima de los comportamientos de explotación y abuso sexual se ubique por debajo de los 18 años, y, por otro lado, la necesidad de adoptar medidas legislativas que garanticen la tipificación de dichas conductas cuando la víctima sea un/a menor que se encuentre por debajo de la edad fijada por cada Estado, en tanto que se trata de comportamientos sexuales no permitidos por el Ordenamiento Jurídico interno. Elemento éste que se relaciona directamente con el concepto de vulnerabilidad social al que ya nos hemos referido, esto es, de las disposiciones convencionales se deduce la obligación de tipificar o sancionar especialmente las conductas de naturaleza sexual, dirigidas contra determinados colectivos de menores de edad, habida cuenta su falta de madurez y de desarrollo personal, sin que dicha obligación se haga extensiva a la totalidad de personas que quedan incursas en el concepto de «niño» concretado por el Convenio, esto es, todas aquellas personas menores de 18 años⁴⁰.

En este mismo sentido, a tenor de las disposiciones del Convenio Europeo de 2007, por lo que respecta a la protección de los menores de edad frente a comportamientos de explotación y abuso sexual, parece deducirse que no todos los menores precisan de igual protección. La necesidad o no de que los Estados Parte configuren una tutela reforzada de este colectivo de víctimas estará condicionada, por un lado, a la edad del menor víctima, y, por otro, a su situación de vulnerabilidad. En efecto, por lo que respecta a la primera de las condiciones, esto es, la franja de edad en la que los/as menores víctimas se encuentran, la mencionada tutela reforzada, en términos generales, deberá garantizarse a aquellas personas que

⁴⁰ Idéntica conclusión se deduce, en última instancia, del tenor literal del artículo 28 c) del Convenio en el que se insta a los Estados a configurar como circunstancia agravante del delito, en la medida en que no sea elemento sustantivo del mismo, «[...] *el hecho de que el delito haya sido cometido contra una víctima especialmente vulnerable*». El tenor literal de este precepto, evidencia, por lo tanto, que entre el colectivo de menores víctimas hay que distinguir aquellos que se encuentran en una situación especialmente vulnerable; vulnerabilidad que, en el sentido apuntado en el epígrafe anterior, puede estar asociada a cuestiones subjetivas o situacionales, entre otras.

se encuentren por debajo del límite de edad que el Ordenamiento Jurídico estatal haya fijado para los comportamientos de naturaleza sexual no permitidos con menores de edad, habida cuenta de la falta de madurez y de desarrollo personal en los que se encuentra el/a menor. En segundo lugar, en relación a la vulnerabilidad del/a menor de edad, lejos de hacer referencia la misma al dato cronológico de la edad del menor (que ya queda incurso en la condición anterior), parece referirse a situaciones de «vulnerabilidad situacional».

En efecto, tal y como se deduce del Convenio de Lanzarote 2007, las personas menores de 18 años no son «per se» vulnerables, es decir, no se encuentran en una situación de vulnerabilidad permanente que requiera de una constante y continua protección o tutela reforzada por parte de todos los Estados, en el marco de contextos de victimización. Más allá de la edad penal fijada por cada Estado en el ámbito de las relaciones sexuales (edad por debajo de la que todas las conductas sexuales con menores de edad serán constitutivas de delito), las personas menores de edad no necesariamente van a ser consideradas como víctimas en situación de vulnerabilidad, en la medida en que su situación de vulnerabilidad, esto es, su vulnerabilidad victimal, respecto de determinadas conductas delictivas, va a estar condicionada por la posición de especial desigualdad en la que se encuentre dicha persona menor de edad en el contexto de una relación de poder, generadora de dicho riesgo.

La Directiva 2012/29/UE insiste en esta idea de «vulnerabilidad victimal» de las personas menores de edad, vinculada a los contextos estructurales en los que se ubican las mismas y que generan los riesgos victimales ahora aludidos. En efecto, la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos, se refiere de forma más exhaustiva al reconocimiento de derechos, protección, tutela y asistencia de los/as menores de edad en situaciones de victimización. El presente instrumento, en el mismo sentido expresado por la Convención de los Derechos del niño de 1989, parte como principio rector del «Interés superior del menor», reconociendo a todos/as los menores víctimas de delitos la facultad de ejercitar plenamente los derechos que les son reconocidos en cuanto tal, de forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio⁴¹. Sobre la base del reconocimiento del interés superior del menor, la Directiva destaca especialmente la situación de aquellos menores que por su edad, su grado de madurez, su opinión, sus necesidades o inquietudes requieran de planteamientos especialmente sensibles⁴². Así, sin recurrir al criterio

⁴¹ Así se deduce de los Considerandos números 14, 19 y 42 de la Directiva 2012/29/UE.

⁴² En este sentido se pronuncia el artículo 2.1 de la Directiva, cuando dispone: «Cuando la víctima sea un menor de edad, los Estados miembros velarán por que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y dicho interés sea objeto de una evaluación individual. Prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus

cronológico (puesto que desde un punto de vista general identifica a los/as menores con las personas menores de 18 años)⁴³ de la edad, la Directiva reconoce la existencia de menores de edad que requieren de un tratamiento especialmente «sensible» por *mor* de su edad o de su madurez o falta de la misma. En este sentido, sin especificar si se pueden distinguir franjas de edad en las que el grado de madurez de los/as menores requieran de respuestas especiales, se recoge una disposición genérica para que los Estados tengan en cuenta estas circunstancias biológicas, psicológicas y contextuales desde la perspectiva del desarrollo de una política victimal integral que acoja las especificidades de los colectivos más sensibles.

En última instancia, a tenor de todo lo manifestado, por lo que respecta a los supuestos de personas menores de edad en situación de vulnerabilidad, lejos de configurarse como un estado permanente de indefensión, se condiciona, por un lado, al dato cronológico de la edad (en los supuestos de absoluta indefensión), pero, por otro lado, al contexto relacional que ubica a dicha persona menor de edad en la situación de riesgo, debiendo vincularse la situación de vulnerabilidad de las personas menores de edad, sobre la base de los condicionantes que, en el marco de contextos victimales determinados, las sitúan en una situación de desigualdad.

- b) La protección internacional de las personas con discapacidad, con enfermedad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

Si bien el tratamiento de la discapacidad sobre la concepción de la vulnerabilidad social contribuye a perpetuar la imagen de personas con discapacidad, como sujetos especiales, fomentando la estigmatización y la minusvaloración del colectivo⁴⁴, no debemos obviar que, desde la perspectiva de los supuestos de vulnerabilidad en el ámbito victimológico, las limitaciones individuales, ocasionadas por el padecimiento de una discapacidad, permiten concluir que, respecto a este colectivo, existe una mayor probabilidad de que los mismos puedan sufrir daño o lesión en el marco de determinadas relaciones de poder, en tanto que dicha vulnerabilidad, efectivamente, es identificada con una condición personal que refleja cierta inferioridad y debilidad, es decir, con una cierta «anormalidad» que le ubican en una potencial situación de victimización⁴⁵ y

necesidades e inquietudes. El menor y su representante legal, si lo hubiere, serán informados de toda medida o derecho centrado específicamente en el menor».

⁴³ Véase, el artículo 2.1.c).

⁴⁴ CUENCA GÓMEZ, «Vulnerabilidad y discapacidad», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, p. 68.

⁴⁵ CUENCA GÓMEZ, op. cit., p. 67.

que, desde el estándar del reconocimiento y protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales, exige una protección reforzada por parte del Estado.

En este sentido se pronuncia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en el año 2006, en el marco de las Naciones Unidas, cuando en la letra p) de su preámbulo contempla la preocupación por: *«la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición»*; debiendo los Estados, por lo tanto, *«Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad»*⁴⁶.

Esta forma de entender la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el presente colectivo, los ubica en un contexto de inferioridad o subordinación, producto de un constructo social y de relaciones de poder⁴⁷, que debe centrarse en la lucha contra la discriminación. No en vano, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la letra e) de su Preámbulo, dispone lo siguiente: *«Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Así, el concepto de vulnerabilidad, sin atender a los rasgos personales, se centra en las circunstancias en las que se encuentran estos sujetos. Desde esta óptica, la discapacidad no se entiende ya como una desventaja individual o personal, sino social, esto es, imputable al diseño de la sociedad desde un patrón de «normalidad» —impuesto por quienes responden a parámetros físicos, sensoriales, psíquicos culturalmente dominantes— que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad⁴⁸.

⁴⁶ Así se contempla en el artículo 4.1.b) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo tenor literal es el siguiente: Obligaciones Generales. 1. *«Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad»*.

⁴⁷ BARRANCO AVILÉS, «Derechos Humanos y vulnerabilidad: los ejemplos del sexismo y del edadismo», en Vulnerabilidad y Derechos Humanos, dirigido por Barranco Avilés y Churrua Muguruza. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 22.

⁴⁸ CUENCA GÓMEZ, op. cit., p. 69.

En este esquema, por lo tanto, la situación de discapacidad funcional no guarda, necesariamente relación exclusiva con las características de las personas sino que, por un lado, puede verse como resultado de la estructura social que genera dominación y opresión (obstáculos a la autonomía y a la autorrealización) y, por otro, las características de las personas se conceptualizan a partir de esas mismas estructuras, de tal forma, que la raza, el sexo y la discapacidad tienen en común, como situaciones de vulnerabilidad, que en relación a ellas, se han construido estereotipos que generan opresión y que pueden confluir al mismo tiempo⁴⁹.

Desde este modelo, las restricciones y limitaciones que padecen las personas con discapacidad funcional en el ejercicio de sus derechos y en el marco de su participación social ya no se aceptan, ni toleran como «naturales o inevitables», sino que se revelan como situaciones de discriminación y de vulnerabilidad en el ámbito delictivo que es necesario erradicar⁵⁰. Efectivamente, en la actualidad, existe una toma de conciencia impulsada por las luchas por el reconocimiento, emprendidas por el movimiento social de personas con discapacidad y quienes les apoyan, que sitúa a la humanidad ante la responsabilidad de evitar el sufrimiento social al que fueron sometidas tales personas a lo largo de la historia y que continúa, en múltiples manifestaciones, en el mundo actual⁵¹.

Más allá, sin embargo, de las disposiciones internacionales que obligan a la adopción de todo tipo de medidas legislativas (también las penales) para la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad, uno de los problemas que podemos observar, desde el punto de vista de la tutela penal reforzada de estos colectivos de víctimas, reside en la concreción de los instrumentos internacionales y de las disposiciones que obligan a la adopción de esta clase de respuestas punitivas, cuando las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad son «personas con enfermedades» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», tal y como contempla el Código Penal español en varias de las cláusulas de agravación comentadas, en la medida, en que, aparentemente, no existe instrumento jurídico internacional propio alguno que se ocupe del reconocimiento y garantía de los derechos de estos grupos de personas, en tanto que potenciales víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad y aparentemente distintas de las personas con discapacidad.

Por lo que respecta a las «personas con enfermedad», el punto 3º de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condi-

⁴⁹ BARRANCO AVILÉS, «La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situación de vulnerabilidad», en Cuadernos Electrónicos de Teoría del Derecho, núm. 45, 2021, p. 36

⁵⁰ CUENCA GÓMEZ, op. cit., p. 69.

⁵¹ APARICIO PAYÁ, «Derechos humanos y justicia con las personas con diversidad funcional», en RECERCA, Revista de Pensament i anàlisi, núm. 19, 2016, p. 30

ciones de vulnerabilidad (versión actualizada en 2018) define la «discapacidad», como *«la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. A los efectos de estas Reglas también *«se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que, de manera temporal, presenten tales deficiencias»*⁵².

Siguiendo el tenor literal de la presente disposición, las Reglas de Brasilia, acogen en el concepto de «discapacidad», tanto la discapacidad en sentido estricto (funcional e intelectual —permanente—), como los supuestos de «enfermedad» que, pueden llegar a ubicar a una potencial víctima en situación de especial vulnerabilidad, en la medida en que se desprende, a nuestro modo de ver, una equivalencia entre «discapacidad» y «enfermedad», entendida esta última como «patología» que genera todo tipo de deficiencias físicas, psicológicas, mentales, psicosociales e, incluso, afectivas.

Desde esta perspectiva, el Código Penal español limita la también denominada «discapacidad» a *«aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»*⁵³. Sin embargo, a pesar de no referirse, de manera expresa, al concepto «enfermedad», lo cierto es que, a la vista de lo mencionado en el párrafo anterior, y de las limitaciones derivadas de una situación de enfermedad, se puede concluir que, la obligación de adoptar medidas penales para garantizar la lucha contra la discriminación de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad por «razón de enfermedad» encuentra su fundamento en el contenido de las Reglas de Brasilia y por extensión, en el artículo 25.1 CP.

Como, muy acertadamente, recoge Sánchez-Moraleda Vilches, el contenido del artículo 25.1 CP se orienta, principalmente, a las personas que necesitan asistencia para ejercer su capacidad jurídica y para tomar decisiones válidas sobre su persona o sus derechos. En cualquier caso, continúa la autora, la dependencia es un estado de carácter permanente que puede tener su origen en la edad, la enfermedad o la discapacidad, constituyendo un concepto transversal, vinculado a cualquiera de las tres circunstancias que pueden determinar la especial vulnerabilidad de la víctima⁵⁴. Con la definición recogida en el artículo 25.1 CP para

⁵² Téngase en cuenta el punto 3 . Discapacidad, de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia.

⁵³ Así se recoge en el artículo 25 del Código Penal.

⁵⁴ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la

valorar la cualificación de la especial vulnerabilidad por discapacidad debe realizarse una interpretación contextualizada, que atienda a la finalidad perseguida y al objeto de protección en cada tipo penal, es decir, debe ajustarse al contexto de cada delito, tomando en consideración el bien jurídico protegido, de manera que se compruebe que, en cada caso concreto, la situación de la persona discapacitada se corresponde con el fundamento de la sobreprotección prevista por la ley en la infracción de que se trate⁵⁵.

En idéntico sentido, el ámbito de la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad, encontramos los supuestos de tipos cualificados, cuando la conducta delictiva se dirige contra «personas con discapacidad necesitada de especial protección», que, a nuestro modo de ver, nos sitúa en los supuestos de situaciones de vulnerabilidad por razón de discapacidad, pero que, sin embargo, parecen acoger, desde el punto de vista jurídico penal, un contexto diverso, en la medida en que generan subtipos cualificados diferentes a los que se fundamentan en la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad. El párrafo 2º del artículo 25 CP, define la «persona con discapacidad necesitada de especial protección» como aquella *«persona con discapacidad que tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente»*.

La protección que el Código Penal atribuye a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», se equipara a la dispensada a las personas menores de edad. De hecho, la tutela de ambos colectivos se configura de manera conjunta, tal y como se desprende de los tipos cualificados previstos en los artículos 148.3, 165 o 166 CP, cuando se refieren a «víctima menor (o menor de 14 años) de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección».

El concepto de «persona con discapacidad necesitada de especial protección» se circunscribe, así, a las discapacidades intelectuales o mentales y dentro de éstas a aquellas que precisan de una asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses, tal y como se desprende del párrafo segundo del artículo 25 CP, exigiéndose, además, que tenga carácter permanente.

(avanzada) edad», en La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 182.

⁵⁵ MARTÍNEZ GARAY, «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, dirigido por González Cussac y coordinado por Górriz Royo y Matallín Evangelio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 129 a 131.

La cuestión, tal y como se ha venido destacando, es si la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad, así como las «situaciones de discapacidad necesitada de especial protección», acogen contextos similares, con idéntico fundamento de agravación o si, por el contrario, como destaca Tapia Ballesteros, a tenor del contenido del párrafo segundo del artículo 25 CP, así como *por mor* del principio de legalidad, se vuelve del todo necesario encontrar el matiz diferenciador entre esta «discapacidad necesitada de especial protección» y las situaciones de vulnerabilidad por razón de discapacidad.

Desde esta perspectiva, Tapia Ballesteros, siguiendo una interpretación sistemática del artículo 25 CP, entiende que pueden darse tres soluciones. Por un lado, se puede entender que se alude a un colectivo más restrictivo, donde solo se tutela a determinadas «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», es decir, a algunas de las personas con una discapacidad intelectual. No obstante, continúa la autora, también podría interpretarse que la categoría de «víctima especialmente vulnerable» se constituye como una categoría alternativa a las «personas con discapacidad intelectual», protegiéndose, solo a las personas con discapacidad física. Y, finalmente, una interpretación sistemática permitiría concluir, también, que la «víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad» es una categoría más amplia, en la que se comprenden las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección» y las personas con una discapacidad física, siempre y cuando cumplan, luego, con los requisitos de la especial vulnerabilidad.

De las tres interpretaciones, la autora apuesta por la última, estimando que es la más adecuada, desde el punto de vista teleológico, esto es: ambas discapacidades pueden situar a la persona en una posición o situación de desvalimiento; son circunstancias que facilitan que la persona sea potencialmente víctima de un delito y que sufra una doble victimización o victimización reiterada, siendo, por lo tanto, lo relevante, no tanto la discapacidad en concreto, sino «la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse», lo que deberá analizarse en cada caso concreto⁵⁶.

En efecto, a la vista de la triple interpretación planteada, siguiendo no sólo una lógica sistemática, sino también, a tenor del contenido de las disposiciones internacionales derivadas de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, como de las Reglas de Brasilia, anteriormente mencionadas, que ponían el acento, por un lado, en la naturaleza cambiante del concepto «discapacidad» (no en vano el Convenio

⁵⁶ TAPIA BALLESTEROS, «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 215.

de Naciones Unidas de 2006, insiste en el hecho de que la «discapacidad» es un concepto en evolución) y, por otro lado, en la vinculación de dicho concepto a personas con disfunciones físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales, en el sentido manifestado, convenimos con Tapia Ballesteros que el concepto de «víctima especialmente vulnerable por razón de discapacidad», se configura como una categoría amplia en la que se subsume tanto «las personas con discapacidad necesitada de especial protección», como las personas con discapacidad física» y a las personas con enfermedad, en la medida en que todas ellas, ubican a la víctima en una situación de indefensión por la ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse a la agresión en el concreto contexto en el que se ejecuta el delito y del que se prevale el sujeto activo.

Por lo tanto, por lo que respecta a la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, en idéntico sentido a lo mencionado respecto de las personas menores de edad, lejos de concebir dicha situación de vulnerabilidad como algo inherente a este colectivo de personas, consecuencia de la concurrencia en las mismas de determinadas características que, de manera permanente, las sitúan en una posición de indefensión, la normativa internacional evidencia que la misma se presenta como un estado de inferioridad o subordinación en el que se encuentra la persona con discapacidad, producto de un determinado contexto victimal, que debe abordarse desde la lucha contra la discriminación, a través de todo tipo de medidas legislativas que garanticen sus derechos, debiendo prestar especial atención a las de naturaleza penal.

- c) La protección internacional de las personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

La vulnerabilidad en la vejez ha sido abordada, sobre todo, mediante la identificación de los grupos de alto riesgo, como las personas adultas mayores pobres, dependientes y aisladas⁵⁷. Este enfoque de la vulnerabilidad ha contribuido a mantener los estereotipos del colectivo, más que a favorecer estrategias para su reducción.

La vulnerabilidad, en el sentido ya manifestado, es producto de los procesos sociales que generan una exposición desigual a los riesgos y situaciones de crisis y estrés, donde determinados individuos y grupos, como las personas adultas mayores, son más propensas a los riesgos y a las desigualdades, que se pueden reproducir a su interior, si se tienen en

⁵⁷ BAZO ROYO La institución social de la jubilación: de la sociedad industrial a la postmodernidad. Edit. Nau Llibres, Valencia, 2001, p. 78. En idéntico sentido, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, op. cit., p. 162, destaca que ello es debido, entre otro y en función del contexto, a algunos factores que suelen acompañar a la senectud como la enfermedad, la lentitud funcional, la pérdida intelectual, los trastornos mentales, la dependencia económica del agresor/cuidador, la cohabitación o el aislamiento social de la familia.

cuenta enfoques como el de la vulnerabilidad social⁵⁸, debiendo insistirse en que el modo en el que la sociedad está organizada, pesa sobre ciertos sujetos, generando una vulnerabilidad que ya no es natural, sino social⁵⁹.

Internacionalmente, la preocupación por el reconocimiento de los derechos humanos de las personas adultas mayores, así como por las situaciones de discriminación en las que las mismas pueden verse involucradas, se traduce, en la adopción de la Resolución 24/20 de 2013 (renovada por Resolución 51/4 de 2022), por la que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establece el mandato del Experto Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad⁶⁰. El mandato asignado al Experto Independiente reside en lo siguiente: *«analizar e identificar «las mejores prácticas» de aplicación de normas internacionales relativas a la promoción y protección de los derechos de las personas de edad y las deficiencias en la aplicación»* (punto 5.a. de la Resolución 24/20); *«Crear conciencia sobre los problemas que enfrentan las personas de edad para el ejercicio de todos los derechos humanos y velar por que las personas de edad reciban información sobre esos derechos»* (punto 5.c. de la Resolución 24/20).

Además de ello, se ha de observar especialmente a las víctimas de la discriminación múltiple que se encuentran en este grupo humano (punto 5.e. de la Resolución 24/20) y coordinar sus tareas con los del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y otros órganos de Naciones Unidas que pudieran tratar la cuestión que nos ocupa con el propósito de evitar lagunas y duplicidades innecesarias (punto 5.g. de la Resolución 24/20).

Con este objetivo de velar por la garantía de los derechos humanos de las personas adultas mayores, evitando situaciones de discriminación y de victimización, algunos de los Comités de Naciones Unidas, que tienen la función de controlar el cumplimiento de los Derechos humanos, han adoptado observaciones generales que alcanzan a estos grupos de personas, debido a la discriminación múltiple de la que son víctimas. Es el caso, por ejemplo, de la Recomendación General núm. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer que versa sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos.

La Observación General número 27 del Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer identifica los motivos de preocupación en relación con las mujeres mayores y las recomendaciones para supe-

⁵⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ/EGEA JIMÉNEZ, «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en *Papeles de Población*, núm. 69, 2011, p. 165.

⁵⁹ BARRANCO AVILÉS, «Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, p. 78.

⁶⁰ La presente Resolución 24/20, fue aprobada el 27 de septiembre de 2013 y renovada en 2022, mediante la Resolución 51/4.

rarlas. Desde esta perspectiva, parte de la consideración de que la edad es uno de los motivos por los que la mujer puede sufrir múltiples formas de discriminación (punto 2 de la Observación General), en la medida en que el efecto de las desigualdades de género, a lo largo de la vida, se agrava con la vejez y con frecuencia se basa en normas culturales y sociales hondamente arraigadas, siendo, en estos supuestos, la discriminación que sufren las mujeres de edad, el resultado de una distribución injusta de recursos, malos tratos, abandono y restricción del acceso a servicios básicos (punto 11 de la Observación General).

Desde esta perspectiva, los Estados Parte deben reconocer que las mujeres de edad son un recurso importante para la sociedad y tienen la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para eliminar la discriminación contra las mismas. Los Estados partes deberían adoptar políticas y medidas, incluidas medidas especiales de carácter temporal, que tomen en consideración el género y la edad, para velar por que las mujeres de edad puedan participar plena y efectivamente en la vida política, social, económica, cultural y civil, así como en cualquier otro ámbito de la sociedad. (punto 29 de la Observación General).

A la vista de todo lo manifestado, se puede concluir que la condición de personas adultas mayores puede ubicar a dicho colectivo en el marco de estructuras sociales que convierten en vulneradas a las personas mayores, en tanto que las presenta como desprovistas de valor para la sociedad, improductivas, frágiles e incapaces, especialmente en el contexto de una sociedad envejecida que enfrenta desafíos con respecto a su futuro demográfico. La edad sirve, así, como justificación suficiente para tratamientos diferenciados, situaciones de discriminación y de victimización⁶¹, frente a las que los Estados han de intervenir garantizando el disfrute de los derechos humanos que, en cuanto personas, les corresponde también a las de edad avanzada.

En última instancia, por lo que respecta a la «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» de personas adultas mayores, en idéntico sentido al advertido respecto de los dos colectivos anteriores (menores de edad y personas con discapacidad), hay que concluir que la misma es fruto de los contextos en los que se ubica este grupo de personas que los expone a riesgos y situaciones de crisis, a la vista de determinadas estructuras de poder que la propia sociedad genera y respecto de las que las personas de edad avanzada, por un lado, se presentan como frágiles, incapaces e improductivas y, por otro, son ubicadas en una situación de vulnerabilidad en el ámbito delictivo que no es innata a las características inherentes a las mismas, sino fruto de una determinada

⁶¹ BARRANCO AVILÉS, «Vulnerabilidad y personas mayores», cit., p. 79.

situación de desigualdad para cuya erradicación hay que adoptar todo tipo de medidas legislativas, incluidas, también, las penales.

C. La protección penal reforzada de menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedad y personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad: un enfoque basado en sus derechos humanos

A la vista de todo lo manifestado, así como de los instrumentos internacionales mencionados, desde los distintos sectores, en principio, no parece que encontremos, de manera expresa en los mismos, una delimitación de lo que jurídicamente podemos llegar a concebir o identificar con «colectivos en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad en el ámbito delictivo», esto es, desde el ámbito victimológico, tendiendo la totalidad de estos instrumentos internacionales a la identificación directa de los colectivos que tradicionalmente han sido considerados en situación de vulnerabilidad y que experimentan una especial vulnerabilidad por la concurrencia en los mismos de determinados factores adicionales.

El concepto de vulnerabilidad permanece implícito en muchos de dichos instrumentos, en la medida en que tienden a la internacionalización expresa de los derechos humanos de los mismos o al reconocimiento del derecho a la igualdad, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Sin embargo, en el sentido ya mencionado, no se contempla de manera expresa una delimitación conceptual ni de «vulnerabilidad», ni de «colectivos en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad».

En efecto, podemos encontrar preceptos que aluden de manera más o menos directa a la realidad de grupos en situación de vulnerabilidad, identificando algunas circunstancias que sitúan a determinados colectivos de personas en situación de indefensión, desde el punto de vista del reconocimiento de sus Derechos Humanos y, por ende, desde el ámbito victimológico.

Así se desprende de la normativa de protección de las personas menores de edad, en la que, tomando como punto de partida el principio de interés superior del menor; más allá de considerar a las personas menores de edad, como sujetos vulnerables, se insta a los Estados a la adopción de medidas de especial protección, incluida la previsión de cualificaciones en el marco del Derecho Penal interno de los Estados, respecto de determinadas personas menores de edad que, en cuanto víctimas de delitos, resultan especialmente sensibles como consecuencia de su «edad temprana», grado de madurez», necesidades especiales», «discapacidad» o del hecho de no haber alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida por cada uno de los Estados.

Idéntica conclusión se deduce de los instrumentos que se ocupan de las personas de edad avanzada, así como de las personas con discapacidad en los que se recogen obligaciones de garantizar el reconocimiento, respeto y protección de sus Derechos Humanos en cuanto colectivos en situación de vulnerabilidad.

En definitiva, en el sentido manifestado, no podemos deducir un concepto genérico de «grupo en situación de vulnerabilidad» en el ámbito victimológico, que permita acoger una definición amplia y genérica aplicable en el momento de detección de una situación de victimización, sin necesidad de verificar que dicha víctima se ubica o no en el marco de lo que hemos venido identificando como «grupos en situación de vulnerabilidad».

Consecuentemente, la categorización de la vulnerabilidad desde la perspectiva victimológica sobre la base de un enfoque basado en los derechos humanos de estos colectivos, nos ubica, necesariamente, en la órbita de los instrumentos universales de reconocimiento de los derechos humanos y, específicamente, de reconocimiento del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación. Si el concepto de «vulnerabilidad social» viene delimitado por la amenaza a sufrir determinados daños o lesiones, en cuanto causa de desigualdad estructural, la «vulnerabilidad desde el ámbito victimológico» ha de vincularse, necesariamente, a los supuestos de sobreexposición al riesgo de sufrir vulneraciones de Derechos humanos en el concreto contexto victimal en el que se ejecuta el delito, sin que dicha situación de desigualdad se vincule a la pertenencia a colectivo alguno.

Desde esta perspectiva, los supuestos de «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» requieren, como se desprende de los instrumentos internacionales, de todo tipo de medidas legislativas, entre las que deben destacarse las penales, sin que las mismas tengan cabida en el ámbito subjetivo de la agravante del artículo 22.4 CP.

En estos supuestos, las respuestas jurídico-penales orientadas a la protección de estos grupos de víctimas, se ubicarán en un ámbito de tutela propio, el de la vulnerabilidad enfocado desde un ámbito victimológico, ajeno al que se desprende del artículo 22.4 CP ya mencionado.

III. Delimitación conceptual de la clausula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: hacia la configuración de un concepto jurídico-penal de «vulnerabilidad victimal»

A. Introducción

A la vista de todo lo mencionado hasta el momento presente, como consecuencia de las obligaciones jurídicas previstas en los instrumen-

tos internacionales anteriormente mencionados, el Código Penal español asume la protección reforzada de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, fundamentalmente, cuando se trate de menores de edad, de personas con discapacidad, personas con enfermedad y de personas mayores adultas, tal y como hemos venido mencionando.

Sin embargo, a pesar de la concreción de la mencionada expresión en los tipos penales aludidos anteriormente, una de las principales cuestiones a dilucidar reside en la delimitación conceptual de la misma, a la vista de la inexistencia de concreción jurídico-penal alguna al respecto. En efecto, los preceptos que contemplan subtipos penales agravados, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos se limitan a referirse a dicho estado, sin que de su contenido pueda deducirse delimitación alguna al respecto⁶².

Tal y como hemos venido destacando, la expresión «menor de edad o persona en situación de vulnerabilidad por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación» (o similares) acoge los supuestos que,

⁶² Así se desprende del tenor literal: A. del artículo 148.5 CP, cuando destaca «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 5. Si la víctima persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»; B. Del artículo 156 bis 4. b): «4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando: b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación»; C. del artículo 140.1.1: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»; D. del artículo 165: «Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones»; E. del artículo 166.2-a): «2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección»; F. del artículo 177 bis 4: «4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad»; G. del artículo 180.1.3: «1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181»; H. del artículo 184.4: «4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior».

pueden quedar, mayoritariamente, subsumidos en dicho estado de vulnerabilidad, cuya delimitación, desde el punto de vista interno, presenta serias dificultades, no sólo por la inexistencia de concreción alguna al respeto, sino también por la ausencia de uniformidad que, como veremos más adelante, caracteriza la referencia a estas situaciones que fundamentan el recursos a tipos penales cualificados.

B. Delimitación conceptual de la clausula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»

La inexistencia de conceptualización alguna al respecto, obliga a acoger una construcción doctrinal y jurisprudencial que permita entender cuándo corresponde acudir a esta clase de supuestos, en atención a una correcta interpretación de lo que el/la legislador/a entiende como «víctima especialmente vulnerable o en situación de especial vulnerabilidad».

Así, la doctrina viene vinculando el concepto de «vulnerabilidad» o «víctima en situación de vulnerabilidad» a situaciones en las que se da una relación de desigualdad entre víctima y autor del delito que proporciona a éste una ventaja de la que se prevale o aprovecha para conseguir sus propósitos⁶³, es decir, hace referencia a la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado en un determinado contexto, a la mayor debilidad de ciertas personas, a sus mayores dificultades para oponerse a los designios de una persona agresora, debiendo este último ser consciente de la situación del sujeto pasivo y de la correlativa superioridad que ello le reporta⁶⁴.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales conectan la «vulnerabilidad» con el hecho de ser susceptible de ser dañado, con desprotección, con el riesgo de sufrir un daño y con las dificultades para prevenir y defenderse en una situación amenazante. Así, se indica que la vulnerabilidad de la víctima es un dato que el legislador toma en consideración para dotar de más reprochabilidad al hecho, en función de la mayor desprotección de la víctima, pudiendo provenir, dicha situación de vulnerabilidad, de las distintas circunstancias que describe la ley penal, esto es, edad, enfermedad, discapacidad o situación, que, en última instancia,

⁶³ En este sentido, MAQUEDA ABREU, «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las víctimas de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres)», en SERTA. In memoriam Louk Hulsman, coordinado por García Alfaraz y Díaz Cortés, editado por Pérez Álvarez. Edit. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, p. 457.

⁶⁴ CASTELLÓ NICAS, «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio non bis in ídem», en La Ley, núm. 3360, 2001, p. 3.

cierran el círculo de las posibilidades imaginables de especial vulnerabilidad⁶⁵.

En efecto, lejos de acoger la «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» un ámbito de aplicación subjetivo similar al que se identifica socialmente con la idea de «vulnerabilidad» (vinculado a un contexto de desigualdad estructural), las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad a las que se refiere expresamente con esta clausula el Código Penal, lo son por la facilidad con la que el autor del delito puede dañarles o lesionarles como consecuencia del contexto de desigualdad en el que se ubican en el marco de determinados delitos del que se aprovecha el sujeto activo.

Por otra parte, el/la legislador/a ha optado por limitar los supuestos de «vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, en general, a los casos de minoría de edad, discapacidad, enfermedad, personas mayores adultas o situación personal de la víctima, en la medida en que, a nuestro modo de ver, lejos de tratarse de colectivos que sistemáticamente sufren violencia estructural como consecuencia de la situación de desigualdad, discriminación y subordinación en el que socialmente se encuentran (colectivos estos que ya estarían previstos en el marco de la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP), se trata de estados de indefensión en los que puede llegar a ubicarse cualquier persona, a lo largo de las distintas fases de su vida, que generados, en cada caso concreto, por la concurrencia de determinadas circunstancias, ubican a la víctima en un posición de desigualdad de la que se prevale el sujeto activo.

El concepto de «vulnerabilidad» así entendido, equivale, por lo tanto, a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse⁶⁶, lo que supone, en definitiva, una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor⁶⁷.

La interpretación ahora mencionada, tiene encaje directo con las previsiones normativas del único de los preceptos que, en el marco del Código Penal español, parece acoger una aproximación a la «situación de

⁶⁵ Véase el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 72/2013, de 22 de marzo, de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

⁶⁶ SANDOVAL, «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal?: el caso de la vulnerabilidad victimal», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 19.

⁶⁷ Por todas, Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 180/2021, de 2 de marzo del Tribunal Supremo; Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 221/2021, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo; Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 704/2021, de 16 de septiembre; Fundamento Jurídico 5º, de la Sentencia 770/2021, de 14 octubre.

necesidad o de vulnerabilidad de la víctima», esto es, el artículo 177 bis, en el marco del delito de trata de personas cuando dispone lo siguiente: *«Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, acogiere o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas con cualquiera de las finalidades siguientes [...]»*.

«[...] Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso [...]».

Según el Tribunal Supremo, la presente definición hace referencia a la antijuricidad que entraña aprovecharse de una realidad que restringe la libertad decisoria del sujeto pasivo. La vulnerabilidad se contempla aquí como una realidad socioeconómica personal, familiar o relacional, que condiciona al sujeto a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor. Se equipara, por ello, continúa el Tribunal, a otras formas de anular o de restringir el comportamiento libre y voluntario de la víctima, como lo son también el uso de la violencia o de la intimidación, el abuso de una significativa superioridad o, incluso, el engaño⁶⁸.

En efecto, el precepto condiciona la situación de vulnerabilidad de la víctima a la inexistencia de alternativa alguna al abuso, es decir, incide en la carencia, por parte de la víctima, de mecanismos que le permitan oponer resistencia o defenderse del ataque o agresión, en el caso específico del delito de trata, desvinculando a la víctima, como destaca De la Mata Barranco, de toda consideración sobre su pertenencia a un determinado colectivo⁶⁹.

En efecto, a tenor de los instrumentos internacionales sobre los que pivota el tenor literal del presente precepto, la vulnerabilidad puede ser de cualquier clase, a saber, física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica, incluyéndose, a modo de ejemplo, la inseguridad o legalidad del estatus administrativo de la víctima, la de-

⁶⁸ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 677/2022, del Tribunal Supremo, de 4 de julio.

⁶⁹ DE LA MATA BARRANCO, «La víctima en Derecho Penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», en Revista Penal, núm. 50, julio 2022, p. 82.

pendencia económica y la salud débil⁷⁰, deduciéndose del mismo, como destaca Benito Sánchez, cualquier estado de adversidad en el que un ser humano es obligado a aceptar su explotación⁷¹. Desde esta perspectiva, continúa esta autora, el concepto de vulnerabilidad tiene dos dimensiones: una externa referente a la exposición al riesgo y una interna, referente a la capacidad para hacer frente a dicho riesgo. A su modo de ver, es precisamente en torno a la capacidad de respuesta al riesgo o de gestión que gira la concepción clásica de vulnerabilidad y que ha influido en la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» ahora comentada⁷².

Por el contrario, la agravación del número 4 b) del artículo 177bis CP contempla la vulnerabilidad desde un plano de fragilidad subjetiva, de modo que operará en supuestos en los que, además de una restricción de la libertad de opción que determina la existencia del tipo básico, exista una erosión de las reglas más básicas de solidaridad humana.

El precepto ahora mencionado recoge lo siguiente: «4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: b) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación persona, o sea menor de edad*».

El legislador, precisamente en su función de definir los estándares sociales de más clara exigencia, fija (en este artículo 177 bis 4 b) CP) como personas objeto de protección, a quienes sufran discapacidad o enfermedad, sean menores de edad o a las mujeres que pasen por un embarazo, cuando a su situación se les asigne una exigencia social y ética de especial respeto a su dignidad. En todo caso, el legislador no ha recogido las situaciones de especial protección enumerando un elenco cerrado de dificultades físicas (*numerus clausus*), sino que añade la posibilidad de aplicar la agravación cuando la persona sea «*especialmente vulnerable por su situación personal*», en una referencia más abierta, que permite acoger contextos de distinta naturaleza⁷³.

Esta misma interpretación sobre el concepto de «vulnerabilidad» parece, igualmente, deducirse del contenido de las «Reglas de Brasilia, antes mencionadas, en cuya Sección 2ª se indica lo siguiente: «*Una persona*

⁷⁰ Así se desprende del Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being, Varsovia, 2005, párrafo 83, del Consejo de Europa.

⁷¹ BENITO SÁNCHEZ, «La delimitación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas», en Sistema penal y exclusión social, dirigido por Benito Sánchez y Gómez Lanz. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2020, p. 219.

⁷² BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p. 221.

⁷³ Así se desprende del Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 677/2022, de 18 de julio.

o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas [...]».

El presente instrumento internacional pone la atención, en primer lugar, en la concurrencia de determinadas condiciones que ubican de manera temporal a determinados sujetos y/o colectivos en situación de vulnerabilidad, en la medida en que su capacidad de resistencia, de prevención o de superación de la misma está condicionada por determinadas circunstancias que, traen causa en una desigualdad surgida en el contexto de la ejecución del delito.

De hecho, no parece configurar un concepto global de «personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad» aplicable en cualquiera de los Estados firmantes de las mismas, sino que, en el sentido que se desprende de sus disposiciones, *«la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país, dependerá de sus características, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico»*⁷⁴.

Desde esta perspectiva, las Reglas de Brasilia equiparan las «personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad» a víctimas con capacidad de resistencia, de prevención o de superación de un impacto que las ubique en una situación de riesgo no desarrollada o limitada por circunstancias adversas que, variarán de un Estado a otro, en función de su nivel de desarrollo social y económico, es decir, en función de su distinta situación de desigualdad.

Contrariamente a lo que plantea Moya Guillem, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados colectivos —según el tenor literal de las Reglas de Brasilia—, lejos de aumentar la probabilidad tanto de sufrir victimización, como de padecer secuelas tras haber experimentado el suceso traumático⁷⁵, ha de vincularse, a nuestro modo de ver, a causas de desigualdad que, concurren específicamente en el supuesto de hecho y que requieren, desde nuestra perspectiva, de una mayor respuesta punitiva, en tanto que se trata de sujetos con menores mecanismos de autodefensa y ubicados en una posición de inferioridad y/o de debilidad frente al agresor⁷⁶.

En efecto, vincular el concepto de «colectivos vulnerados» al hecho de tener más riesgo de ser víctima de un delito, así como a su dificultad

⁷⁴ Véase, en este sentido el contenido del punto 1 (in fine) de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (versión actualizada 2018).

⁷⁵ MOYA GUILLEM, «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 24 (julio de 2020), p. 18.

⁷⁶ Muy acertadamente, DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 83.

para sobreponerse al mismo, implica, a nuestro modo de ver, una cierta interpretación paternalista de la «vulnerabilidad» que la aproxima a su concepción ontológica, actualmente superada. Insistir en una visión ontológica de la vulnerabilidad que pivote sobre la imposibilidad de sobreponerse a los riesgos a los que se enfrentan estos colectivos, además de infantilizarlos, negándoles su propia autonomía y derechos, facilita la configuración de un tipo de vulnerabilidad de naturaleza permanente que, en el sentido ya mencionado, oculta los contextos y las circunstancias que motivan dicha situación de vulnerabilidad, sin que tampoco se permitan desarrollar estrategias y recursos efectivos y eficaces para enfrentar la misma.

Por lo tanto, tal y como se recoge en las Reglas de Brasilia, si la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados colectivos depende, fundamentalmente, del nivel de desarrollo social y económico de cada Estado, que los sitúa en condiciones de vulnerabilidad, como consecuencia de los distintos niveles de desigualdad, las «situaciones de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» a las que se refiere el Código Penal español, evidencian contextos victimocéntricos concretos en los que determinados colectivos (menores, personas con discapacidad, personas enfermas, personas de edad avanzada y personas con una determinada situación personal) se convierten en víctimas de delitos, habida cuenta de las relaciones de desigualdad que dichos contextos delictivos concretos generan.

En definitiva, a la vista de todo lo mencionado, y a pesar de la ausencia de delimitación jurídico-penal del concepto «personas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», a falta de un análisis del fundamento jurídico de los presentes subtipos agravados (al que procederemos a continuación), una aproximación una aproximación al mismo nos sitúa, por un lado, ante supuestos de vulnerabilidad especialmente graves, no derivados de la situación de vulnerabilidad genérica en la que se puede llegar a ubicar cualquier persona como consecuencia de un proceso de victimización y, por otro, ante contextos específicos en los que la víctima carece de mecanismos que le permitan oponer resistencia o defenderse del ataque o agresión, implícita en la conducta delictiva, como consecuencia de la desigualdad en la que se encuentra y de la que abusa el sujeto activo, a la vista de su edad, de su discapacidad, de su enfermedad, así como de su situación personal.

Delimitados conceptualmente los supuestos de «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima», estos pueden quedar subsumidos en el concepto de «vulnerabilidad victimal», cuando de referirse a la protección penal reforzada de las personas menores de edad, de las personas con discapacidad, de las personas con enfermedades, de las personas mayores adultas o de personas en una determinada situación se trate, en el marco de los distintos procesos de victimización previstos en el Código Penal español. La «vulnerabilidad victimal» de determinados

tipos de víctimas, se conecta así con el hecho de ser susceptible de ser dañado por parte del autor de la agresión, por carecer de mecanismos para defenderse del ataque, como consecuencia de la situación de desigualdad en la que se encuentra en el contexto delictivo de la que se prevale el sujeto activo para su comisión.

IV. «Víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: fundamento jurídico penal de los subtipos agravados

A. El fundamento jurídico-penal de las cláusulas de agravación por razón de la vulnerabilidad victimal del sujeto pasivo

Una vez delimitado el concepto de «vulnerabilidad victimal», así como los factores que ubican a cada uno de los colectivos afectados en dicha situación, procede, en este momento, concretar el fundamento de su agravación.

Según la jurisprudencia, el fundamento de la cualificación «víctima especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación», reside en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente, por parte del sujeto activo, de una situación de superioridad, frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, lo que implica, en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones del agresor⁷⁷.

Esta circunstancia, continúa el Tribunal Supremo, exige que sea conocida por el autor la situación de vulnerabilidad sobre la que se predica la imposición del subtipo agravado, es decir, que sea consciente de la circunstancia por la que la víctima se encuentra en una situación de inferioridad (no se trata de que objetivamente la víctima la tenga, sino que sea percibida por el autor), así como que exista un prevalimiento sobre dicha vulnerabilidad, que justifica un mayor contenido del injusto, a la vista de las menores posibilidades de defensa que tendrían las personas a las que estos preceptos aluden⁷⁸.

⁷⁷ Así lo recoge el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 2º, de su Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre y en el Fundamento Jurídico 5º, de la Sentencia 10/2023, de 19 de enero.

⁷⁸ Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Supremo 28/2015, de 22 de enero; Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio; Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia 610/2019, de 11 de diciembre y Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 10/2023, de 19 de enero del Tribunal Supremo, entre otras.

Así, siguiendo la interpretación jurisprudencial, la ratio de estos subtipos agravados consiste en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación, en la medida en que estos grupos de personas pueden ser atacados y lesionados por ausencia de recursos y de medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor⁷⁹ y radicando, también, dicho fundamento de agravación en la mayor perversidad criminal del autor, consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias⁸⁰.

En su aplicación, continúa el Tribunal Supremo, deberán concretarse con claridad cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, que ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho, no siendo, sin más, el dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación suficiente, para generar una situación de superioridad de la que se prevale el sujeto activo⁸¹.

En efecto, en los casos de minoría de edad, la situación de especial vulnerabilidad en la que debe encontrarse la persona menor de edad, debe implicar un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe, de modo relevante, su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad delictiva impuesta⁸². En estos supuestos, la vulnerabilidad de la víctima no se predica solamente de su temprana edad, sino de otros factores evaluables legalmente en atención a su edad, enfermedad o situación; de modo, que la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato, o bien que tal estado potencial de agresión, a causa de lo vulnerable de su condición, se predique de la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad, o incluso, de las condiciones objetivas de la comisión delictiva, por

⁷⁹ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo 131/2007, de 16 de febrero; la Sentencia también del Tribunal Supremo 203/2013, de 7 de marzo; y la Sentencia 588/2022, de 15 de junio, entre otras.

⁸⁰ Téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 113/2009, de 10 de noviembre; así como el Fundamento Jurídico 2º de su Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre.

⁸¹ Así se desprende del Fundamento Jurídico 4º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁸² Véase el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 72/2013, de 22 marzo de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

la situación en que se encuentre⁸³ y, en última instancia, de la madurez psíquica y de la capacidad física de dicha persona menor de edad, en la medida en que las mismas le permitan disponer de suficientes mecanismos y recursos para defenderse mínimamente del ataque o agresión⁸⁴.

Especial relevancia adquieren los subtipos agravados cuya aplicación está condicionada a que la víctima sea menor de 16 años (art. 140.1.1. CP) o menor de 14 años (art. 148.3 CP), entre otros, es decir, aquellos supuestos en los que la vulnerabilidad de la víctima no emerge de su minoría de edad, en sentido amplio, sino del hecho de encontrarse por debajo de un determinado límite cronológico de edad que, parece abocar a dichos preceptos a su aplicación automática, una vez acreditado el dato objetivo de la edad.

Ahora bien, si, como la jurisprudencia ha venido destacando, el fundamento de la vulnerabilidad de las personas menores de edad no reside, exclusivamente, en el dato objetivo de la edad, siendo además necesario que la situación y el contexto en el que dicha víctima menor de edad se encuentre disminuya o merme sus posibilidades de defensa, la configuración de estos tipos penales cualificados sobre la base de la fijación de un límite de edad objetivo, tropieza, frontalmente, con el fundamento que hasta ahora se ha venido atribuyendo a los mismos.

Aun cuando jurisprudencialmente no parece haberse ofrecido una solución totalmente unívoca sobre este problema⁸⁵, lo cierto es que, como veremos a continuación, existe una tendencia jurisprudencial mayoritaria a interpretar que, en estos supuestos, no debe tenerse en cuenta, exclusivamente, el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho, así como ciertas características de la víctima menor de edad que, analizadas en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad y, por ello, generen un incremento del desvalor que justifique el recurso al subtipo agravado⁸⁶.

⁸³ En este sentido se aprecia en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 299/2007, de 19 abril de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

⁸⁴ MOYA GUILLÉN, op. cit., p. 25.

⁸⁵ Desde la perspectiva de proceder a una aplicación automática de los subtipos agravados como consecuencia de la mera acreditación del dato de la edad de 14 o 16 años, téngase en cuenta el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 1479/2002, de 16 de septiembre.

⁸⁶ Téngase en cuenta, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 377/2004, de 25 de marzo del Tribunal Supremo, así como el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo 653/2007, de 8 de noviembre. En este mismo sentido, véase, el Fundamento Jurídico 9º de la Sentencia del Tribunal Supremo 964/2013, de 17 de diciembre, cuando indica que *«en cualquier caso la Sala sentenciadora razona la aplicación de la agravación de especial vulnerabilidad por circunstancias adicionales a la edad, como la soledad de la víctima en la vivienda que era aprovechada por el agente encontrándose la menor en una situación de desamparo absoluto por la ausencia de la madre, y la carencia de cualquier otra posibilidad de auxilio»*. Igualmente, apréciase el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 201/2018, de 25 de abril, cuando destaca que

Por lo que respecta a los supuestos de enfermedad y/o discapacidad, según viene reiterando igualmente la jurisprudencia, no basta el dato fáctico de la misma para el recurso a la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la cualificación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto activo, no existe este «aprovechamiento» que atrae la agravación y el mayor reproche penal. En un tipo penal de estas características, junto al dato objetivo de la enfermedad o discapacidad, para la justificación de la agravación de la pena respecto del tipo básico, como consecuencia del incremento del desvalor del hecho, será, además, necesaria la concurrencia de ciertas particularidades de la víctima, que, analizadas en cada caso concreto, resultan imprescindibles para determinar su vulnerabilidad⁸⁷.

En última instancia, en cuanto a los supuestos de situación de vulnerabilidad por avanzada edad, la doctrina mayoritaria viene, igualmente, conviniendo, en la imposibilidad de fundamentar una mayor severidad penal en el dato objetivo de la «avanzada edad»⁸⁸. En opinión de Javato Martín, la aplicación de la cualificación, requiere que se constate, en cada caso, no sólo la edad avanzada, sino también que el sujeto se encuentra «en un estado especialmente vulnerable» por su situación física o psíquica, posibilidad de defensa, situación convivencial, discapacidad, situación, etc⁸⁹. En idéntico sentido, Muñoz Cuesta considera que la vulnerabilidad de una persona de edad avanzada, proclive a ser víctima de un delito, se manifiesta por su deterioro intelectual o cognoscitivo, o por su precariedad económica⁹⁰, debiendo entenderse, en definitiva, que el desvalimiento o la vulnerabilidad de este colectivo versa sobre una limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano por tener una edad avanzada, pero no por el transcurso del tiempo en sí mismo considerado.

Consecuentemente, la especial vulnerabilidad por razón de la edad, no podrá deducirse, directamente, a partir del dato objetivo de la misma,

«Con la descrita edad confluyeron otras circunstancias tomadas en consideración por la Sala sentenciadora, a partir del aprovechamiento por parte del acusado de la facilidad de toda índole que le brindaba la relación análoga a la conyugal que mantenía con la madre de la niña, con la que llegó a tener un hijo en común. Todo ello provocó un correlativo debilitamiento de las posibilidades de comprensión y reacción de la pequeña, que supuso un plus sobre el dato cronológico a la hora de configurar esa situación de particular exposición que implica la especial vulnerabilidad»

⁸⁷ Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 junio.

⁸⁸ Así, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, op. cit., p. 180.

⁸⁹ JAVATO MARTÍN, «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal», en Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 96.

⁹⁰ MUÑOZ CUESTA, «Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono», en Tratado de Derecho Penal y envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad, dirigido por Romeo Casabona. Edit. Wolter Kluwer; 2021, p. 760

sino que será necesario constatar su incidencia en el sujeto, comprobar que el paso de los años ha afectado a la capacidad del individuo para tener movilidad, para crear y mantener relaciones, satisfacer sus necesidades básicas o tomar decisiones de manera autónoma, entre otras, debiendo otorgarse la especial protección, por tanto, no sólo en atención al dato cronológico, sino a los efectos que la edad puede comportar para el sujeto pasivo, colocándolo en una posición de mayor indefensión⁹¹.

En el supuesto de «situación de especial vulnerabilidad por razón de la situación», que parece configurarse como una expresión jurídicamente indeterminada⁹², deberán concretarse con claridad, destaca la jurisprudencia, cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, que ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho⁹³. En este sentido, continúa la jurisprudencia, el concepto de «situación» debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad, discapacidad, enfermedad), siendo necesario acreditar la existencia de una vulnerabilidad que, anclada en la cláusula excesivamente abierta que supone la «situación», patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz, frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima⁹⁴.

B. Problemas de compatibilidad entre la cláusula de «vulnerabilidad victimal» y el principio «non bis in idem»: a propósito del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas

a) Introducción

Interpretadas estas situaciones de «vulnerabilidad victimal», en el sentido mencionado, más allá de la mera concurrencia del elemento objetivo de la edad, de la enfermedad o discapacidad y de la situación, los subtipos agravados ahora aludidos serán objeto de aplicación en la medida en que el autor del delito tenga un conocimiento exacto de dicha si-

⁹¹ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, op. cit., p. 201.

⁹² Así lo destaca el propio Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 4º de su Sentencia 304/2019, cuando tilda dicha expresión de «excesivamente genérica».

⁹³ Fundamento Jurídico 4º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁹⁴ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 709/2020, de 18 de diciembre. En idéntico sentido se recoge en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2021, de 11 marzo.

tuación de vulnerabilidad y se prevalega de la misma, en tanto que aspectos que permiten fundamentar el plus de antijuridicidad y culpabilidad requeridos por los mismos⁹⁵.

Esta interpretación no se presenta como una cuestión baladí, puesto que, limitar la «vulnerabilidad victimal» a la concurrencia del dato objetivo de la edad, la enfermedad o discapacidad o la situación, puede llegar a infringir, en alguno de estos subtipos agravados, el principio «non bis in ídem», como parece deducirse del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas del artículo 140.1.1ª CP que contempla la pena de prisión permanente revisable, cuando *«la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»*.

b) Supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas

Uno de los ámbitos en los que puede llegar a plantearse la vulneración del principio «non bis in ídem», reside en los supuestos en los que el sujeto pasivo del delito contra la vida es un menor de edad o una persona desvalida. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha venido interpretando que, en los supuestos de víctimas desvalidas, procedía hacer una interpretación extensiva de la circunstancia de alevosía, entendiendo que la calificación jurídica más adecuada era la de asesinato y no la de homicidio (esto es, recurriendo en estos casos al artículo 139.1.1ª CP)⁹⁶. Ahora bien, el problema reside, actualmente, también en la posibilidad de encajar dichos supuestos (lesión del bien jurídico vida contra víctima desvalida) en el delito del artículo 140.1.1ª que, contempla la prisión permanente revisable, cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, pudiendo implicar ese doble uso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, una lesión a la prohibición del «non bis in ídem».

En ambos supuestos, se agrava la pena por el estado de desamparo de la víctima que le impide defenderse adecuadamente del ataque. Esto ha dado lugar a una jurisprudencia heterogénea, con decisiones muy dispares en este ámbito.

En algunos casos, la jurisprudencia afirma la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del artículo 140.1.1º. No estamos ante un supuesto de «doble alevosía», indica la jurisprudencia. Lo que fundamenta la agravación penológica es que la acción alevo-

⁹⁵ Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 10/2023, de 19 enero del Tribunal Supremo. En idéntico sentido, ya se había venido pronunciando en sentencias anteriores. Así, téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁹⁶ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia 6984/2008, de 24 de octubre, del Tribunal Supremo

sa, que determina la calificación del delito como asesinato, recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores —por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad— que le hacen merecedora de una mayor protección. Consecuentemente, continúa el Tribunal Supremo, esa concreta muerte alevosa incorpora una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche jurídico penal más grave⁹⁷.

El Tribunal supremo recurre, efectivamente a un doble uso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima para proceder a la mencionada calificación jurídica. En efecto, si lo que se aprecia para el recurso al delito del artículo 140.1.1 CP reside, como indica el Tribunal, en el hecho de que la conducta recaiga sobre una víctima que reúne determinados indicadores —por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad— que le hacen merecedora de una mayor protección, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, el desvalor específico de la circunstancia de alevosía ya está implícito en la situación de vulnerabilidad de la víctima, por lo que, el recurso al tipo hipercualificado del artículo 140.1.1 CP implica una lesión del principio «non bis in ídem». En efecto, si como hemos advertido, el fundamento de la agravación, por razón de la situación de «vulnerabilidad victimal» en la que se encuentra la víctima, trae causa en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación, consecuencia de la desprotección de la misma, por cualquiera de tales circunstancias⁹⁸, en el sentido mencionado, resultan del todo incompatibles, desde el punto de vista de la calificación jurídica, las circunstancias de «alevosía» y de «vulnerabilidad victimal».

Sin embargo, parte de la jurisprudencia, alineada con la sentencia del Pleno Jurisdiccional 585/2022, de 14 de junio, insiste en la compatibilidad entre ambos tipos penales (asesinato alevoso por desvalimiento —art. 139.1.^a— y asesinato hiperagravado, cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad —art. 140.1.1^a—), puesto que el artículo 140.1.1^a, no agrava, según dispone en este ámbito el Tribunal Supremo, lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, por ejemplo, la muerte de una persona menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural

⁹⁷ Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero.

⁹⁸ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 1113/2009, de 10 de noviembre del Tribunal Supremo. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre y en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 221/2021, de 11 de marzo.

incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección⁹⁹.

A mayor abundamiento, insiste la jurisprudencia, el tipo hipercualificado del artículo 140.1.1 CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental, siendo este enunciado, algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciéndose de su imposibilidad de defensa¹⁰⁰.

La condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del/de la legislador/a, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), sino un «*bis in altera*», por lo que no impide la calificación en el art. 140.1.1 del Código Penal de los hechos referidos.

No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada, continua el Tribunal Supremo. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1 del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación. De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección¹⁰¹.

Conforme a esta interpretación, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan, porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, en atención a necesidades de especial protección a favor

⁹⁹ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2021, de 21 de abril.

¹⁰⁰ Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero, entre otras.

¹⁰¹ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2021, de 21 abril

de determinados sujetos o colectivos sociales que no resulta ajena a la estructura del Código, *por mor* de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran¹⁰².

Esta clase de interpretaciones parece obviar la esencia y el fundamento de la agravación por situación de especial vulnerabilidad de la víctima, en el sentido hasta ahora mencionado. Si tal y como hemos venido advirtiendo, la condición de víctima en situación de vulnerabilidad, no viene exclusivamente delimitada por el dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación, sino por la incapacidad de la víctima de disponer de mecanismos de defensa para enfrentarse a la agresión o ataque contra la vida, la interpretación a la que se acoge en estas sentencias el Tribunal Supremo, parte de la atribución a cada una de ambas circunstancias (alevosía y situación de especial vulnerabilidad de la víctima) de idéntico fundamento, lo que supone, a nuestro modo de ver, una vulneración del principio «non bis in ídem» y, como muy acertadamente apunta Sandoval, no respetan un canon básico de racionalidad jurídico-formal, erosionando la seguridad jurídica y evidenciando, en su opinión, un ejemplo de la «crisis de racionalidad» que aqueja al Derecho Penal¹⁰³.

En efecto, el Tribunal Supremo estima que en la alevosía predomina el aspecto objetivo y que la conducta del autor pretende eliminar las posibilidades de defensa de la víctima, distinguiendo entre alevosía proditoria (acecho, emboscada, insidia), sorpresiva (súbita, inopinada, aprovechándose el autor de la confianza o de la imprevisibilidad de la conducta), doméstica (basada en la relación de confianza, genera una relajación de los recursos defensivos de la víctima respecto al ataque de la persona con la que convive día a día) y de desvalimiento, consistente en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima y que es producto de su edad¹⁰⁴, de su grave enfermedad o invalidez, o del hecho de encontrarse la víctima accidentalmente privada de aptitud para defenderse (por estar dormida, drogada o ebria, etc)¹⁰⁵.

Así se desprende de su sentencia 367/2021, cuando destaca que existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y como consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos

¹⁰² Véanse, entre otras, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 678/2020, de 11 de diciembre; Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero.

¹⁰³ Véase, SANDOVAL op. cit., p. 105.

¹⁰⁴ En este sentido se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo 596/2006, de 28 de abril, 321/2004, de 11 de marzo, 332/1997, de 17 marzo, entre otras.

¹⁰⁵ Así se recoge en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 1031/2003, de 8 septiembre; la 879/2005, de 4 julio; la 1252/2009, de 13 noviembre, entre otras.

veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado, concurriendo, en este supuesto, también, un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable¹⁰⁶.

En idéntico sentido lo ha venido declarando con anterioridad en otros pronunciamientos, donde el Tribunal Supremo destaca la concurrencia de un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) la alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), por ejemplo, un estrangulamiento inesperado con un cable, que no deja capacidad de reacción, existiendo, en estos supuestos, alevosía sea cual sea la edad o la situación de la víctima; b) La condición de especial vulnerabilidad por razón de la edad, la discapacidad, enfermedad o situación de la víctima que se fundamenta en la incapacidad de la misma de disponer de mecanismos de defensa para enfrentarse a la agresión o ataque¹⁰⁷.

Podríamos compartir el diferente fundamento que el Tribunal Supremo aprecia entre «alevosía» y «situación de vulnerabilidad de la víctima», si la «alevosía» se limitara al recurso de medios que anulen las posibilidades de defensa de la víctima. Así lo dispone, igualmente, el propio Tribunal en una Sentencia del año 2018, en la que destaca que, cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1º del art. 140.1 CP no contempladas para calificar el ataque como alevoso, será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 139.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1a (por ser la víctima un menor)¹⁰⁸.

Sin embargo, la referencia exclusiva a la «alevosía sorpresiva e inopinada», parece obviar el resto de modalidades de «alevosía» que la jurisprudencia, en el sentido ya mencionado, ha concretado sobre la base de los requisitos del artículo 22.1 CP, esto es, la «proditoria» (acecho, emboscada, insidia) y de «desvalimiento», consistente en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. Es precisamente esta última la que genera la problemática de la lesión del principio «non bis in ídem», en la medida en que el recurso a la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, puede fundamentarse, por un lado, en la alevosía por desvalimiento (lo que implica la calificación jurídica de asesinato alevoso) y, por otro, en la condición de la

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 367/2021, de 30 de abril, del Tribunal Supremo.

¹⁰⁷ Así, Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de octubre.

¹⁰⁸ Así se desprende del Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 520/2018, de 31 de octubre. En idéntico sentido lo venía advirtiendo en la Sentencia 80/2017, de 10 de febrero.

víctima de ser menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Si como hemos advertido el fundamento de la «alevosía», en estos supuestos, sólo reside en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación y el de la «situación de vulnerabilidad de la víctima» en la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone, en definitiva, una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor (identificada la misma con la minoría de edad, con la edad avanzada, con la discapacidad, con la enfermedad o con una determinada situación), difícilmente se puede conciliar la concurrencia de ambas circunstancias agravantes (alevosía del artículo 139.1.1 CP y situación de vulnerabilidad de la víctima del artículo 140.1.1 C) con la prohibición del principio «non bis in ídem». Así se pronuncia, igualmente, el Tribunal Supremo en su sentencia 520/2018, cuando indica que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1a). No cabrá apreciar, además, continúa el Tribunal, el asesinato agravado del art. 140.1.1^aCP, pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía, vulnerándose, en su caso, la prohibición del *bis in idem*¹⁰⁹.

En efecto, si en virtud del contenido del artículo 22.1 CP, la alevosía requiere la utilización de un medio, modo o forma que asegure la comisión del hecho, que concorra un elemento de tendencia o que el autor seleccione los medios y tenga la finalidad de asegurar la comisión del hecho y que se eliminen, totalmente, las posibilidades de defensa de la víctima, en la alevosía de desvalimiento, como muy acertadamente destaca López López, el autor no utiliza un medio, modo o forma alguno, ni concurre elemento tendencial, ni se elimina la capacidad de defensa previa de la víctima, pues no posee ninguna, prevaleciéndose, en estos supuestos el autor, de las circunstancias dadas¹¹⁰ y concurrentes en la víctima. Partiendo de esta interpretación, continúa la autora, cierta parte de la doctrina concluye que, en este caso, no podrá apreciarse alevosía, sino abuso de superioridad, debiendo distinguirse, entre aquella conducta del autor que va dirigida activamente a provocar la indefensión de la víctima (alevosía) y aquellas circunstancias que ya vienen dadas y de las que el

¹⁰⁹ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 520./2018, de 31 de octubre.

¹¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de delitos contra la vida», en Revista Penal, núm. 48, 2021, p. 106, entiende esta autora que la circunstancia agravante debería aplicarse en aquellos supuestos en los que el autor se aproveche de la total o parcial indefensión consustancial de la víctima para facilitar la comisión del delito.

autor únicamente se aprovecha¹¹¹. Desde esta perspectiva, de mantenerse la interpretación extensiva de la alevosía y de aceptarse que este es el fundamento de la agravación de los sujetos en situación de especial vulnerabilidad del artículo 140.1.1 CP, la actual regulación conduciría a una vulneración del principio non bis in ídem, puesto que sobre la base de la edad del menor o de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, el hecho podría llegar a calificarse como homicidio agravado (art. 138.2 CP); asesinato alevoso (art. 139.1 CP) o asesinato cualificado (art. 140.1.1 CP).

De aceptarse, como muy acertadamente apunta López López, la interpretación restrictiva de la alevosía, la circunstancia agravante del artículo 140.1.1 CP (menor de 16 años y víctima en situación de especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación) debería limitarse a los casos en los que, por un lado, la indefensión es producida por el autor (siempre que concurra una modalidad de alevosía proditoria o sorpresiva que tendría perfecto encaje en el artículo 139.1.1^a), e igualmente concurre la situación de vulnerabilidad de la víctima, en tanto que el autor, además, se aprovecha de la carencia de mecanismos de defensa de la víctima para hacer frente a la agresión, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación¹¹².

Huelga decir, en relación a la presente cuestión que respecto al recurso del delito contemplado en el artículo 140.1.1 CP, en relación a la situación de vulnerabilidad en la que aparentemente se encuentran las personas menores de 16 años, convenimos con López López, que la interpretación ahora manejada de aprovechamiento por parte del autor de la situación de indefensión de la víctima, no puede ser traída a colación respecto de todos los supuestos en los que la víctima sea una persona menor de 16 años, en la medida en que son perfectamente imaginables situaciones de menores de 16 años (de 15 o de 14 años) que podrían ser totalmente capaces de defenderse, respecto de los que, incluso, no exista desequilibrio de fuerza alguna con la persona autora del delito¹¹³.

Los ejemplos jurisprudenciales anteriormente manejados evidencian el recurso al subtipo agravado del artículo 140.1.1 CP cuando la víctima del delito contra la vida es una persona menor de 16 años, sin que se exija la acreditación de la situación de indefensión a la que venimos aludiendo, en la medida en que se presume «*iuris et de iure*» que las personas menores de 16 años se encuentran *per se* en una situación de desvalimiento, equiparable al resto de sujetos en situación de especial vulnerabilidad.

La presente interpretación tropieza con el fundamento de la agravante de «vulnerabilidad victimal» de las personas menores de edad ma-

¹¹¹ LÓPEZ LÓPEZ, op. cit., p. 99.

¹¹² LÓPEZ LÓPEZ, op. cit., p. 100.

¹¹³ LÓPEZ LÓPEZ op. cit., p.100.

nejado en este trabajo. En efecto, tal y como hemos concretado, el dato objetivo de la de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad que justifique el recurso a la agravación, puesto que también resulta necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para ejecutar el delito. En idéntico sentido, se desprende de las aportaciones de la psicología evolutiva sobre el grado de desarrollo o madurez personal de las personas menores de edad, así como con el propio tratamiento que, desde el Derecho Penal, se dispensa a las personas entre 14 y 18 años responsables de la comisión de hechos delictivos. En efecto, si desde un punto de vista general, se considera que existe un franja de edad a partir de la cual a las personas menores de edad se les presume un cierto grado de desarrollo o madurez personal para la toma de decisiones desde el punto de vista penal (comisión de delitos, 14 años) e incluso, desde el punto de vista sexual, en la medida en que hasta el año 2015 el límite de edad de consentimiento sexual se ubicaba en los 13 años, por lo que respecta a la configuración de la circunstancia agravante del artículo 140.1.1, en lo relativo a las personas menores de 16 años, lejos de responder a un mayor contenido del injusto (en atención a la situación de especial desvalimiento en la que se encuentra la persona menor de dicha edad), es una manifestación más de la tendencia expansiva del Derecho Penal, en la que el incremento punitivo responde a un puro objetivo inculizador (como sucede tras la incorporación de la prisión permanente revisable en estos supuestos), así como a una mayor presencia de lo que algunas autoras hemos convenido en tildar de «Derecho Penal moralizante» (con la fijación en los 16 años por debajo del que se presume una situación de especial vulnerabilidad de las personas menores de dicha edad)¹¹⁴ e inexplicablemente paternalista.

En última instancia, volviendo a la cuestión del principio «non bis in ídem», a nuestro modo de ver, a la vista de todo lo manifestado y asumiendo el fundamento que jurisprudencialmente se ha atribuido a las situaciones de «vulnerabilidad victimal», por lo que respecta a la compatibilidad entre la circunstancia de alevosía (artículo 139.1.1 CP) y la agravante de vulnerabilidad de los colectivos previstos en el artículo 140.1.1 CP, esta última, será objeto de aplicación en todos los casos en los que el autor no sólo conoce, sino también se aprovecha de la situación de indefensión de la víctima, exigiendo el elemento subjetivo de la agravante, el conocimiento de la situación de vulnerabilidad (indefensión) y el prevalimiento de la misma para facilitar la comisión del delito. En estos supuestos, *por mor* del principio «non bis in ídem», la presente circunstancia agravante, contrariamente a lo manifestado jurispuden-

¹¹⁴ Para una profundización de la presente cuestión, véase ampliamente, Pérez Machío, «La sanción de la pornografía infantil virtual y técnica en el código penal: una manifestación más de la expansión del derecho penal», pp. 1 a 32.

cialmente, a nuestro modo de ver, no podrá ser compatible con la alevosía, en la medida en que el recurso, por parte del autor del delito, a cualquier medio, modo o procedimiento tendente a eliminar los escasos mecanismos de defensa de estos colectivos en situación de vulnerabilidad, implicará, siempre, la calificación jurídica de asesinato del artículo 139.1.1, pudiendo sólo acudir a la calificación jurídica de asesinato contra colectivos en situación de vulnerabilidad (art. 140.1.1. CP), en aquellos casos, en los que, junto al conocimiento por parte del autor del delito y del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, concurre cualquier circunstancia definitoria del asesinato (precio, promesa o recompensa; ensañamiento o facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra) o nos encontremos ante cualquier modalidad de alevosía diferente a la de desvalimiento, a saber, proditoria o sorpresiva. En aquellos casos en los que el autor se valga de medios, modos o formas alevosos, eficaces para ubicar en situación de indefensión a colectivos en situación de vulnerabilidad, habrá que acudir a un concurso de normas entre el homicidio agravado (art. 138.2) y asesinato alevoso (art. 139.1.1), que se resolverá por medio de la regla de especialidad y alternatividad¹¹⁵.

C. Síntesis

A la vista de todo lo manifestado, conectada así la «vulnerabilidad victimal» con la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por carecer de recursos y de medios para decidir libremente y oponerse —lo que, en definitiva, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor, por motivo de la edad, la discapacidad, la enfermedad que se padece, o la situación en la que se encuentra—, la intervención penal reforzada se fundamenta, a la vista de todo lo manifestado, en el mayor contenido del injusto derivado de las menores posibilidades de defensa de la víctima o del mayor riesgo para esta en la ejecución.

Así, el recurso a los subtipos agravados requiere, por un lado, que se acredite el conocimiento del dato objetivo de la «edad, la enfermedad, la

¹¹⁵ En idéntico sentido, LÓPEZ LÓPEZ, op. cit. p. 106. Igualmente lo dispone el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1º de su Sentencia 520/2018, de 31 de octubre, cuando destaca que: «La muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1a CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4CP). Pero cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1a. Lo evidencia el razonamiento de la sentencia para fundar la alevosía»

discapacidad o la situación» y, por otro, que el caso objeto de enjuiciamiento se ubique en un determinado contexto de desigualdad en el que la víctima carece de mecanismos que le permitan oponer resistencia a la agresión que, provocado o aprovechado por el sujeto activo colocan a la misma en una situación de indefensión, suficientemente relevante, como para generar un mayor desvalor.

Es necesario incidir en que la ratio de estos subtipos agravados reside en las menores o inexistentes posibilidades de defensa de la víctima, no vinculada al mero dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación, en la medida en que este concreto fundamento jurídico-penal permite superar la lesión del principio de «non bis in ídem», cuando en el ámbito de los delitos contra la vida, el recurso al asesinato cualificado del artículo 140.1.1 CP se justifica jurisprudencialmente, tanto por la condición de persona en situación de vulnerabilidad de la víctima, así como por la concurrencia de la circunstancia de alevosía por desvalimiento.

Lejos de convenir con este sector jurisprudencial la compatibilidad entre ambas clases de agravaciones, consideramos que precisamente la ratio del recurso a la agravación *por mor* de la situación de vulnerabilidad de la víctima acoge la totalidad del desvalor de la alevosía por desvalimiento, resultando contrario al principio «non bis in ídem» el recurso al delito de asesinato cualificado del artículo 140.1.1 CP. Nada impide la compatibilidad de lo que hemos convenido en denominar como «vulnerabilidad victimal» con el resto de modalidades de alevosía (proditoria, sorpresiva e incluso, doméstica). Sin embargo, si el fundamento de la aplicación del tipo del artículo 140.1.1 CP reside, por un lado, en el dato objetivo de la edad, o de cualquier situación de vulnerabilidad de la víctima y, por otro, en la ausencia de medios de defensa suficiente, por parte de la víctima, para repeler o defenderse de la agresión (en lo que a la concurrencia de alevosía por desvalimiento respecta), la presente interpretación no sólo vacía de contenido la clausula de agravación de «vulneración victimal» del artículo 140.1.1CP, sino que, en el sentido manifestado, supone una lesión al principio «non bis in ídem» que carece de toda racionalidad en el actual sistema penal, a la vista del fundamento sobre el que se sustentan los supuestos de «vulneración victimal», ahora mencionados.

V. Los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en el marco del código penal: hacia una circunstancia agravante genérica en cuanto propuesta de «lege ferenda»

Si bien, los supuestos de vulnerabilidad recogidos en el Código Penal requieren de la acreditación de un contexto de desigualdad del que abusa, provoca o se aprovecha el sujeto activo, en el sentido manifestado, la ra-

tio de estos subtipos penales agravados reside en el mayor contenido del injusto derivado de las menores (o inexistentes) posibilidades de defensa del sujeto pasivo, sin que el fundamento de las clausulas de agravación se sustente sobre la base de la pertenencia de estas víctimas a determinados colectivos, como sí parece desprenderse de la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP (por motivos de discriminación).

Por lo tanto, por lo que respecta a los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en los que hemos subsumido los casos de víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, no nos encontramos ante una manifestación del Derecho Penal antidiscriminatorio. Las personas menores de edad, con discapacidad, con enfermedad, las personas mayores adultas o las ubicadas en una determinada situación, no parten de una posición de partida desfavorable que requiera de una especial atención para asegurar el pleno ejercicio de los derechos que les son inherentes. En efecto, el objeto de tutela de estos subtipos agravados no es la protección de colectivos que, por alguna circunstancia identitaria, se apartan del modelo de normatividad social imperante, como sucede respecto de las manifestaciones del derecho antidiscriminatorio¹¹⁶. Cuando desde la heteronormatividad se discrimina para mantener el control, la vulnerabilidad social, en su manifestación más extrema, actúa como catalizador de la exclusión social¹¹⁷. Sin embargo, los colectivos en situación de vulnerabilidad victimal, a los que ahora nos referimos (menores de edad, personas con discapacidad, personas mayores adultas y personas con una determinada situación), si bien sufren vulneraciones de derechos y discriminaciones, precisando de una protección reforzada, no parten de una posición de inferioridad que resida en la concurrencia en los mismos de unas características de identidad que los alejan del modelo de heteronormatividad.

En efecto, estos grupos en situación de «vulnerabilidad», que bien permiten la configuración una categoría propia de «colectivos en situación de vulnerabilidad victimal», son parte del modelo de normatividad social, en la medida en que sus características de identidad son compartidas y coincidentes con las previstas en el modelo heteronormativo imperante. Por lo tanto, las situaciones de discriminación y victimización de las que pueden ser objeto nada tienen que ver con su pertenencia al colectivo de personas menores de edad, de personas con discapacidad, de personas mayores adultas o de personas en una determinada situación. La «vulnerabilidad victimal» a la que aludimos, pivota, sobre la base de la concurrencia de determinados contextos en los que estos colectivos

¹¹⁶ LAURENZO COPELLO, «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados», en *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 23, 2021, p. 85.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ «La realidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales: una aproximación a sus vulnerabilidades sociales», en *Revista Sexología y Sociedad*, núm. 22, 2016, p. 4.

pueden sufrir situaciones de discriminación y vulneración de derechos, como consecuencia de la concreta relación de poder que les vincula al sujeto activo, en el marco específico de la ejecución del hecho delictivo.

A partir de aquí, es posible identificar grupos de personas más propensos al daño que otras, esto es, las víctimas que, a nuestro modo de ver, permiten configurar la categoría de «vulnerabilidad victimal», cuyo denominador común consiste en compartir una determinada condición o característica real o atribuida y, por ende, enfrentar obstáculos similares que, en el sentido manifestado, se identifican con la incapacidad de disponer de mecanismos de resistencia que, en el contexto de la ejecución del hecho delictivo, les permitan enfrentarse a la concreta agresión.

Ahora bien, a tenor de lo ahora manifestado, lejos de configurar el Código Penal español una categoría genérica y unitaria de «personas en situación de vulnerabilidad victimal», fundamentada sobre la situación de indefensión del sujeto pasivo de la que se prevale el autor del delito, existen, como hemos visto, al menos, cuatro categorías a tener en cuenta, sin que, inicialmente, pueda vislumbrarse si el/la legislador/a se está refiriendo a idénticas categorías victimales o no, debiendo en estos supuestos plantearse la necesidad de adoptar un concepto homogéneo y uniforme.

En efecto, el legislador, lejos de optar por una categoría que permitiera homogeneizar la totalidad de colectivos que, pueden adquirir la condición de víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, apuesta por una técnica legislativa alejada de los postulados de taxatividad y, especialmente, ajena al principio de seguridad jurídica¹¹⁸. Como destaca Sandoval, son un grupo variopinto de infracciones penales que comportan, en su mayoría, dos características fundamentales: la identificación de los sujetos pasivos como víctimas especialmente vulnerables (o que están en situación de especial vulnerabilidad) y la previsión, en su mayor parte, de una sanción penal reforzada¹¹⁹.

Así, hubiese bastado con referirse de manera expresa a cada uno de los colectivos que anteriormente han sido identificados, en cuanto «grupos en situación de vulnerabilidad» (menores, personas con discapacidad, personas con enfermedad, personas mayores adultas y personas con una situación personal). Sin embargo, la referencia a expresiones tan dispares como «*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*» o «*víctima especialmente vulnerable por razón de su [...] situación*», no sólo parecen acoger un fundamento diferente a las situaciones de vulnerabilidad, atendida la concreta redacción de las mismas, sino que resultan sumamente restrictivas, a la vista de que la tutela penal reforzada derivada de los mismos se reserva, incomprensiblemente, sólo a alguno de estos

¹¹⁸ SANDOVAL, op. cit., p. 99.

¹¹⁹ SANDOVAL, op. cit., p. 93.

colectivos. Es el supuesto de los artículos 148.3, 165 o 166 CP, cuando se refieren a «víctima menor (o menor de 14 años) de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección», por medio de las que parece haberse renunciado a las exigencias de taxatividad y de seguridad jurídica que se presumen de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho y Democrático¹²⁰.

Las dudas en relación a la taxatividad y a la seguridad jurídica se extienden más allá de la falta de homogeneización de las categorías de víctimas ubicadas en dicho estado de indefensión, para extenderse al ámbito de aplicación específico de estos tipos penales, como consecuencia de la «vulnerabilidad victimal». En efecto, si la intervención penal reforzada parte de la situación de vulnerabilidad o especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, carece de toda lógica jurídico-penal que el incremento de los marcos punitivos sólo se aprecie respecto de determinados tipos penales, sin que exista la posibilidad de que su ámbito de aplicación se haga extensivo a cualquier modalidad delictiva en la que se aprecie la vulnerabilidad del sujeto pasivo ahora comentada o, que en su caso, se plantee la posibilidad de configurar dicha situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad como una circunstancia agravante genérica¹²¹.

Como consecuencia de la actual regulación, la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos en cuanto víctimas de delitos, sólo se plantea frente a determinadas modalidades delictivas, generando cláusulas de vulnerabilidad heterogéneas, cuya razón de ser en los ámbitos previstos, carece, en principio, de coherencia, en la medida en que el/la legisladora selecciona los delitos que permiten acoger agravaciones punitivas, sobre la base de la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas de los mismos, vedando estos efectos normativos, respecto de otros delitos en los que son perfectamente imaginables situaciones en las que el autor de los mismos con conocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, se prevale de dicha condición de desvalimiento para la comisión del hecho delictivo (tal es el caso, por ejemplo, de la ausencia de una circunstancia agravante de la presente naturaleza en el ámbito del delito de tratos degradantes —art. 173.1 CP—, de los delitos de injurias y calumnias, etc.).

¹²⁰ En opinión de DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 82, destaca que la presente heterogeneidad dificulta la tarea de los tribunales de justicia en aplicación de las distintas circunstancias agravatorias. Es difícil entender, continúa el autor, por qué, en unas ocasiones se tienen en cuenta unas y por qué en otras se obvian.

¹²¹ En este sentido se pronuncia, DE LA MATA BARRANCO, op. cit., p. 84. En idéntico sentido, véase, MOYA GUILLÉN, «La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 313.

Si, tal y como hemos venido admitiendo, la intervención penal reforzada se fundamenta en el mayor contenido del injusto derivado de las menores (o inexistentes) posibilidades de defensa de la víctima, hay que aceptar una idea de «vulnerabilidad victimal» que, por un lado, contemple de manera unívoca la totalidad de la cartografía de situaciones y de víctimas que se pueden encontrar en el estado de indefensión referido y, por otro lado, se extienda a la totalidad de los delitos cuya comisión se favorezca o facilite por la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

En efecto, a la vista del idéntico fundamento jurídico de agravación de la totalidad de las clausulas de vulnerabilidad contenidas en los distintos tipos penales aludidos, las críticas relacionadas con la falta de homogeneidad y de uniformidad de los supuestos de vulnerabilidad, requieren de una revisión de todos ellos, en un intento de incorporar una nueva fórmula capaz de acoger la totalidad de los supuestos de «vulnerabilidad victimal» que precisan de una respuesta punitiva agravada.

La nueva fórmula requiere a nuestro modo de ver, la incorporación de una clausula que acoja el siguiente tenor literal: «víctimas en situación de vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación personal». La presente propuesta, además de permitir una interpretación extensiva de todas aquellas circunstancias que, de manera expresa, pueden generar contextos de indefensión de los que se vale el sujeto activo para la comisión del delito, contempla un «*numerus apertus*» (situación personal de la víctima), en el que pueden tener cabida otra serie de circunstancias de las que se aprovecha el autor en el contexto del delito para su ejecución.

En definitiva, una política criminal racional, respetuosa con los principios de taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto, debe guiarse por el principio de intervención pública y, desde esta perspectiva, tiene que estar atenta a todos los colectivos en situación de «vulnerabilidad victimal», tratando de buscar una técnica legislativa adecuada que, por un lado, permita dotar a los mismos de una protección penal reforzada homogénea y unívoca (en lo que a colectivos en situación de vulnerabilidad victimal, se refiere) y, por otro lado, responda al mandato de taxatividad y seguridad jurídica que, a nuestro modo de ver, en lo que a clausulas de agravación por motivos de vulnerabilidad victimal respecta, sólo puede garantizarse por medio del recurso a una nueva circunstancia agravante genérica que contemple la totalidad de los supuestos «vulnerabilidad victimal» ahora aludidos.

VI. Bibliografía

ANDREU FERNÁNDEZ, A. «Menores víctimas y situaciones de victimización», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, núm. 17, 2023, pp. 56 a 74.

- APARICIO PAYÁ, M. «Derechos humanos y justicia con las personas con diversidad funcional», en *RECERCA, Revista de Pensament i anàlisi*, núm. 19, 2016, pp. 13 a 33.
- BARRANCO AVILÉS, M.C. «Derechos Humanos y vulnerabilidad: los ejemplos del sexismo y del edadismo», en *Vulnerabilidad y Derechos Humanos*, dirigido por Barranco Avilés y Churruca Muguruza. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17 a 44.
- «Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, pp. 73 a 80.
- «La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situación de vulnerabilidad», en *Cuadernos Electrónicos de Teoría del Derecho*, núm. 45, 2021, pp. 25 a 46.
- BARRÈRE UNZUETA, M. «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica. ¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, pp. 1 a 34.
- BAZO ROYO, M.T. La institución social de la jubilación: de la sociedad industrial a la postmodernidad. Edit. Nau Llibres, Valencia, 2001.
- BENITO SÁNCHEZ, D. «La delimitación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas», en *Sistema penal y exclusión social*, dirigido por Benito Sánchez y Gómez Lanz. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2020, pp. 205 a 233.
- BONSIGNORE FOUQUET, D. «Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 19 a 64.
- BUSO, G. «Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social: usos, limitaciones y potencialidades par el diseño de políticas de desarrollo y de población», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 143 a 188.
- CASTELLÓ NICAS, N. «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio non bis in ídem», en *La Ley*, núm. 3360, 2001, pp. 1 a 10.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE -CEPAL, *Informe de la reunión de expertos: Seminario internacional sobre las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile, 20 y 21 de junio 2001)*.
- CONTRERAS MAZARÍO, J.M. «Minorías y Naciones Unidas, Especial Referencia al Concepto de Minoría Religiosa», en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho*

- Constitucional* / Vol. 2, coordinado por Carrasco; Pérez; Urías y Terol. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 5007-5043.
- CUENCA GÓMEZ, P. «Vulnerabilidad y discapacidad», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, pp. 65 a 72.
- DE LA MATA BARRANCO, N. «La víctima en Derecho Penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», en *Revista Penal*, núm. 50, julio 2022, pp. 64 a 90.
- DE OLIVEIRA FIGUEIREDO, G. CARRANZA WEIHMÜLLER, V. VERMELHO, S.C. BACIGALUPO ARAYA, J. «Discusión y construcción de la categoría teórica de vulnerabilidad social», en *Cadernos de Pesquisa*, vol. 47, 2017, pp. 796 a 818.
- FINEMAN, M. «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008, pp. 1 a 23.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, pp. 307 a 322.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G. «El menor como víctima del delito», en *Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial*, coord. por Ruiz Rodríguez y Navarro Guzmán. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 269-302.
- HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima: Compendio de victimología*. Edit. Edersa. Madrid, 1996.
- JAVATO MARTÍN, M. «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 96.
- LAURENZO COPELLO, P. «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados», en *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 23, 2021, pp. 83 a 106.
- LIEDO, B. «Vulnerabilidad», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021, pp. 242 a 257.
- LÓPEZ LÓPEZ, C.I. «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de delitos contra la vida», en *Revista Penal*, núm. 48, 2021, pp. 94 a 109.
- MAQUEDA ABREU, M.L. «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las víctimas de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres)», en *SERTA. In memoriam Louk Hulsman*, coordinado por García Alfaraz y Díaz Cortés, editado por Pérez Álvarez. Edit. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, pp. 449 a 463.

- MARIÑO MENÉNDEZ, F. *La Protección Internacional de las Minorías*. Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ GARAY, L. «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por González Cussac y coordinado por Górriz Royo y Matallín Evangelio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 129 a 149.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. PATRÓ HERNÁNDEZ, R. AGUILAR CÁRCELES, M. *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Edit. Dykinson. Madrid, 2014.
- MORONDO TARAMUNDI, D. «¿Un nuevo paradigma para la igualdad?. La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 a 221.
- MOYA GUILLEM, C. «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 24 (julio de 2020), pp. 13 a 58.
- MOYA GUILLÉN, C. «La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bon-signore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 283 a 318.
- MUÑOZ CUESTA, J. «Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono», en *Tratado de Derecho Penal y envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, dirigido por Romeo Casabona. Edit. Wolter Kluwer, 2021. p. 760.
- OSORIO PEREZA, O. «Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp.379 a 416.
- PÉREZ CONTRERAS, M. M. «Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familia», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 333 a 354.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. «La sanción de la pornografía infantil virtual y técnica en el código penal: una manifestación más de la expansión del derecho penal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1 a 32.

- RIVERA POLO, F. «Protección de minorías y otros grupos vulnerables: La lucha contra la discriminación y la injusticia», en *Serie Minuta*, núm. 7, 2022, pp. 1 a 10.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A. G. «Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. Apuntes desde un enfoque interdisciplinar», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 19, 2018, pp. 1 a 25.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, M. «La realidad de lesbianas, gays, bisexuales, transsexuales e intersexuales: una aproximación a sus vulnerabilidades sociales», en *Revista Sexología y Sociedad*, núm. 22, 2016, pp. 2 a 14.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. EGEA JIMÉNEZ, C. «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en *Papeles de Población*, núm. 69, 2011, pp. 151 a 185.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 158 a 204.
- SANDOVAL, J. C. «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal?: el caso de la vulnerabilidad victimal», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 90 a 120.
- SORIANO, R. *Los derechos de las Minorías*. Editorial MAD: Sevilla, 1999.
- TAPIA BALLESTEROS, P. «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 205 a 220.
- TELLO MORENO, L. F. «Derechos Humanos y vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 257 a 274.

CRIMINOLOGÍA

LA IMPLEMENTACIÓN Y GESTIÓN DEL ASESORAMIENTO CRIMINOLÓGICO CONDUCTUAL EN LAS ORGANIZACIONES POLICIALES. UN ESTUDIO DE CARÁCTER CUALITATIVO

Koldo Fernández Martínez

Subinspector Policía Foral de Navarra. Universidad Miguel Hernández

Nahikari Sánchez-Herrero

UNIR

***Title:** The implementation and management of behavioral criminological counseling in police organizations. A qualitative study*

Resumen: Durante el proceso de la investigación policial, resulta esencial comprender el delito y la interacción del perpetrador con la víctima y la escena del crimen. En este contexto, el asesoramiento criminológico conductual está ganando cada vez más relevancia como una herramienta fundamental para las agencias de seguridad. Este estudio adopta un enfoque cualitativo con el objetivo de examinar diversas dimensiones de la perfilación criminal. En particular, se enfoca en la importancia de la perfilación criminal en las investigaciones delictivas y en la identificación de los planteamientos más adecuados para su implementación en las instituciones policiales. Para llevar a cabo este análisis, se ha realizado una encuesta a diez expertos, tanto nacionales como internacionales, especializados en la materia en cuestión, provenientes de ámbitos diversos, incluyendo el sector privado y organismos policiales. Los resultados revelan una amplia variedad de perspectivas con respecto a la colaboración y la distribución de responsabilidades entre analistas del comportamiento delictivo policiales y otros especialistas externos. No obstante, también evidencian elementos comunes en la aplicación profesional de la perfilación criminal.

Palabras clave: Perfilación criminal, análisis de conducta, comportamiento delictivo, investigación policial, psicología criminal.

Abstract: *During the police investigation process, it is essential to understand the crime and the perpetrator's interaction with the victim and the crime scene. In this context, behavioural criminological counselling is gaining increasing relevance as a fundamental tool for law enforcement agencies. This study adopts a qualitative approach with the aim of examining various dimensions of criminal profiling. In particular, it focuses on the importance of criminal profiling in criminal investigations and the identification of the most appropriate approaches to its implementation in law enforcement institutions. In order to carry out this analysis, a survey of ten experts, both national and international, specialised in the field in question, from a variety of backgrounds, including the private sector and law enforcement agencies, was carried out. The results reveal a wide variety of perspectives on collaboration and the distribution of responsibilities between police crime behaviour analysts and other external specialists. However, they also reveal commonalities in the professional application of criminal profiling.*

Keywords: *Criminal profiling, Behavioural analysis, criminal Behavior, police investigation, criminal psychology.*

Sumario: I. El perfil criminológico como herramienta especializada de investigación criminal. - 1.1. Una perspectiva conceptual - 1.2. Los principios y objetivos fundamentales de la técnica en su aplicación policial - 1.3. Estructura de un PERFIL CRIMINOLÓGICO Dimensiones de estudio. II. - Algunos marcos metodológicos nacionales e internacionales para la construcción del PERFIL CRIMINAL. - 2.1. Modelos de perfilación inductivos. - 2.2.1. Escuela del F.B.I- Crime Investigative Analysis (C.I.A). - 2.2.2. Propuesta británica Investigative Psychology (I.P). - 2.2.3. Perspectiva australiana Crimen Action Profilig (C.A.P). - 2.2.4 Metodología Inductiva de Investigación aplicada (M.I.I.A). La aproximación mexicana. - 2.2 Modelos de perfilación deductivos. - 2.2.1. El enfoque del Analysis Behavioral Evidence Analysis (B.E.A). - 2.2.2 El desarrollo español. Método V.E.R.A. - 2.3 Modelos de perfilación integradores. - 2.3.1 Evolución británica. Behavioral Investigative Advisers (B.I.A). - 2.3.2. Modelo español de la Guardia Civil. Sistema Eclético de Perfilado Criminal (S.E.P.E.C). - III. Objetivo y método. - IV. Resultados. - 4.1. Los ámbitos delictivos en los que se aplica de manera prioritaria la perfilación criminal. - 4.2. Evaluación de la eficacia de los modelos de perfilación criminal en el proceso de investigación. - 4.3. Diferencias entre investigadores y analistas de comportamiento criminal. - 4.4. Sistemas para la implementación y gestión del asesoramiento criminológico conductual en las agencias de seguridad. - 4.4.1 Unidades policiales especializadas exclusivamente en técnicas de perfilación criminal. - 4.4.2. Externalización de la función de asesoramiento criminológico conductual. - 4.4.3. Establecimiento de equipos conjuntos integrados por perfiladores policiales y expertos independientes. - 4.4.4. Un modelo interdisciplinario que involucra la participación de especialistas no pertenecientes a las fuerzas de seguridad y perfiladores policiales. - V. Discusión y conclusiones

Introducción

La perfilación criminal como «herramienta» de investigación criminológica que puede propiciar el aumento de la tasa de resolución de eventos delictivos graves y complejos, ha experimentado una constante evolución desde su surgimiento en el año 1972, en el seno de la Unidad de Ciencias de la Conducta, (en adelante B.S.U., por sus siglas en inglés: Behavioral

Science Unit), de la Oficina Federal de Investigación (en adelante F.B.I., por sus siglas en inglés: Federal Bureau of Investigation).

De este modo, los inicios de la Perfilación Criminal se caracterizaron por una orientación muy policial y académica, en la que la B.S.U. tenía encomendado como objetivo asesorar a las agencias de seguridad estatales y locales de Estados Unidos en asuntos criminales sin móvil aparente, y por otro el adiestramiento técnico de los agentes policiales. Los primeros perfiles elaborados por los agentes especializados de la B.S.U. se enfocaban en describir el comportamiento y las principales características de agresores desconocidos, indagando en sus motivaciones, con la finalidad de ayudar a los investigadores en su detención y obtención de pruebas incriminatorias (Ressler, 2010; Soria y Romo, 2016).

Desde el inicio, la B.S.U. consideraba importante el registro y análisis de todos los datos relacionados con el acontecimiento criminal, así como la intuición y experiencia de los propios investigadores, para llevar a cabo las deducciones sobre los perpetradores (Sotoca, González y Halty, 2019). En este contexto, se debe subrayar que en la actualidad persisten diversos aspectos de la metodología de la B.S.U. tales como: la sistematización en la recopilación de información, la visión global e integrada del acto delictivo y la determinación de las áreas primordiales que pueden ser examinadas (*escena del crimen, el modus operandi, la firma, la victimología y los hallazgos forenses*) (Soria et al, 2016). En una etapa posterior a la consideración de estas dimensiones de estudio, se añadirían los aspectos espacio-temporales, conceptualizados bajo el término de «*perfil geográfico*», como una faceta integral dentro del protocolo de recolección de datos de la Perfilación Criminal (Sotoca et al., 2019).

Según Alison, Goodwill, Almond, Van den Heuvel y Winter (2010), la evolución histórica de la técnica entre los años 1970-1990 se sustentó en tres grandes vertientes: la clínica, la investigadora y la estadística. Las mismas surgieron a partir de la consolidación y extensión del modelo estadounidense de Perfilación Criminal, conocido como Análisis de la Investigación Criminal (C.I.A). Así, a lo largo de estas décadas, han emergido diversas corrientes de Perfilación Criminal y se han diseñado protocolos de trabajo que se fundamentan en los procesos de razonamiento inductivo y deductivo.

Desde finales de la década de 1990 la Perfilación Criminal ha ido avanzando hacia su profesionalización, principalmente gracias al desarrollo de un nuevo enfoque basado en la prestación de asesoramiento en materia de investigación criminológico conductual. Este modelo profesional-académico, que trata de superar a la escuela tradicional del F.B.I, y que utiliza la psicología en las investigaciones policiales, ha sido adoptado por las agencias de seguridad del Reino Unido, Alemania, Países Bajos, entre otros países. La interdisciplinariedad, el alcance amplio, el sentido práctico y una orientación más científica que los enfoques tradicionales de la técnica son algunos de los elementos clave de esta innovadora cor-

riente de Perfilación Criminal (Knabe-Nicol, Alison y Rainbow, 2011; Alison et al., 2010).

Sentados los anteriores precedentes históricos, se puede concluir que la comunidad científica nacional e internacional ha investigado la Perfilación Criminal de manera amplia y exhaustiva desde una variedad de ópticas. Estos enfoques incluyen estudios sobre perfiles genéricos de autores implicados en diversas tipologías delictivas, la evolución histórica de la técnica, su fundamentación teórica y validez científica, entre otros aspectos. Sin embargo, la aplicación policial de la Perfilación Criminal ha suscitado interrogantes entre algunos expertos, quienes han identificado deficiencias empíricas, falta de rigurosidad metodológica y la ausencia de un marco metodológico común consensuado (Snook, Haines, Taylor y Benell, 2007).

En todo caso, se debe destacar que múltiples estudios a nivel internacional han avalado la utilidad de la Perfilación Criminal en la resolución de delitos graves, particularmente aquellos de naturaleza serial que presentan un *modus operandi* complejo, junto con escenarios criminales que revelan comportamientos inusuales por parte del agresor (Soria et al., 2016; Sotoca, 2016; Douglas y Douglas, 2006).

I. El perfil criminológico como herramienta especializada de investigación criminal

1.1. Una perspectiva conceptual

En el entorno de la investigación criminal se emplean varios términos para describir el concepto de Perfilación Criminal. Así, se alude indistintamente a: *el perfil del delincuente, el perfil del agresor, el perfil psicológico criminal, el perfil de las acciones del crimen, la perfilación de la personalidad criminal, el perfil de la conducta criminal, la perfilación de la escena criminal, el perfil comportamental, el análisis de la escena del crimen*, entre otros. (Torres, 2016).

El empleo de diversas terminologías y la falta de uniformidad en el uso del lenguaje técnico parecen derivar de dos motivos fundamentales. En primer lugar, algunos especialistas buscan distinguirse de otros modelos y metodologías mediante la formulación de definiciones y conceptos propios (Soria et al., 2016; Sotoca, 2016). En segundo lugar, otros expertos buscan enfocarse en aspectos específicos dentro de sus respectivas corrientes teóricas, tales como el análisis de la escena criminal, las conductas del perpetrador durante la ejecución del delito, y la descripción de las características y rasgos de personalidad de los criminales (Sotoca et al., 2019; Soria et al., 2016).

Es esencial tener presente que, a pesar de las variaciones conceptuales existentes, hay un cierto grado de consenso en cuanto a la definición de la elaboración de perfiles criminales. Generalmente, se entiende como cualquier intento de desentrañar las acciones de un delincuente, revelando aspectos relacionados con su personalidad y comportamiento (Petherick, 2003). En concordancia con esta perspectiva, Canter (1989) caracteriza la Perfilación Criminal como *«el proceso de predicción de las características de un delincuente basado en su conducta durante la comisión de uno o más crímenes»*. Esta definición destaca como una de las más ampliamente adoptadas dentro de la Comunidad Científica.

Apréciase así, que la propuesta de Canter tiene la ventaja de hacer referencia al comportamiento delictivo en su conjunto, en lugar de a cualquier fuente de información específica. Además, este autor supera los modelos clásicos que limitaban la aplicación de la técnica a delitos seriales graves con elementos sexuales y/o psicopatológicos en el agresor, abriendo la posibilidad de ampliar la elaboración de la Perfilación Criminal a delitos de episodio único.

En cualquier caso, a pesar de la variedad de formulaciones presentadas en la tabla 1 con respecto a la Perfilación Criminal, el principio esencial subyacente a esta disciplina se enfoca en la habilidad para inferir y anticipar las características sociodemográficas, psicológicas, conductuales y criminológicas del autor o autora de un suceso delictivo.

Todo este proceso se sustenta en la información recopilada en la escena del crimen, las características de las víctimas, los relatos proporcionados por éstas y los testigos, los informes policiales y forenses, así como en las reconstrucciones de la dinámica del delito (Janosch, Pérez y Soto, 2021).

Tabla 1. Algunas definiciones de la perfilación criminal

AUTOR	AÑO	PAÍS	DEFINICIÓN
Sotoca, Halty y González	2019	España	Proceso que permite predecir las características identificativas de un delincuente desconocido a partir de los rastros de conducta que ha dejado durante la comisión de uno o más crímenes.
Soto	2017	España	Descripción de las características psicológicas y de comportamiento más relevantes de un delincuente, que le clasifican de manera singular y que le distinguen del resto de la población.
Turvey	2012	EEUU	Es la manera de inferir las características del agresor en base al análisis de la escena del crimen y partiendo de la dinámica de la evidencia física y la conductual.

AUTOR	AÑO	PAÍS	DEFINICIÓN
Garrido	2010	España	Estimación acerca de las características biográficas y del estilo de vida del responsable de una serie de crímenes que todavía no se ha identificado.
Soria	2005	España	La técnica psicológica que, basada en los aspectos psicosociales del comportamiento humano establece a partir de la escena del crimen, las características sociales y psicológicas de la víctima y los hallazgos forenses y criminalísticos la motivación del autor; a partir de la cual se elaboran los fundamentos estadísticos que permitirán estructurar grupos relativamente homogéneos de sujetos que cometen determinadas actividades criminales, con la finalidad última de ayudar a la investigación, o bien facilitar pruebas inculpatorias en un proceso judicial.
Holmes, R. y Holmes, S	2008	EEUU	Intento elaborado de proporcionar a los equipos de investigación la información específica en torno al individuo que ha cometido un crimen.
Petherick	2003	Australia	Es un proceso inferencial que involucra un análisis de las interacciones del delincuente con la víctima y la escena del crimen, su elección del arma, entre otras cosas.
Canter	1995	Reino Unido	Proceso para predecir las características de un delincuente basadas en su conducta durante la comisión de uno o más crímenes.
Geberth	1996	EEUU	Intento elaborado de proporcionar a las agencias de investigación información específica acerca del tipo de persona que ha cometido un determinado delito.
Ressler, Burgess y Depue	1985	EEUU	Proceso de identificación de las características psicológicas de una persona basándose en los crímenes que ha cometido y proporcionando una descripción general de esa persona.

1.2. Los principios y objetivos fundamentales de la técnica en su aplicación policial

La técnica de perfilación se basa fundamentalmente en las hipótesis de la consistencia, la homología y la diferenciación. De acuerdo a la hipótesis de la consistencia, se plantea que el comportamiento del autor ex-

perimentará cambios mínimos a lo largo del tiempo, independientemente de los diversos delitos que cometa. En otras palabras, los escenarios criminales asociados a un delincuente particular mostraran similitudes entre sí (Sotoca et al., 2019; Janosch y Soto, 2019). Algunos estudios han demostrado la aplicabilidad de la hipótesis de la consistencia en determinadas tipologías delictivas tales como robos, incendios y agresiones sexuales (Sotoca et al., 2019).

Además, en consonancia con la hipótesis de la homología, se postula la posibilidad de que varios delincuentes que perpetren delitos similares exhiban semejanzas en su psicología, demografía y otros aspectos. En tal sentido, es importante destacar que la hipótesis de la homología no ha sido respaldada por suficiente evidencia empírica en algunos estudios realizados (Janosch et al, 2019; Sotoca et al, 2019). En última instancia, la hipótesis de la diferenciación, contraria a la de la homología, sostiene que dos perpetradores de un mismo delito exhibirán características distintas si las escenas de dicho delito difieren entre sí (Janosch et al., 2019).

Desde una perspectiva estrictamente policial la disciplina de la Perfilación Criminal persigue múltiples objetivos, entre ellos suministrar a los equipos de investigación información de utilidad en distintas facetas como: (Jiménez, 2012; Alison y Rainbow, 2011; Soto, 2017; Soria et al, 2016; Keppel y Birnes, 2008):

- Identificar atributos específicos de un perpetrador para facilitar su reconocimiento y detención, especialmente en aquellos delitos en lo que se ignora su identidad o se cuenta con una mínima información sobre la misma. Se pretende con ello, reducir y priorizar a los potenciales autores de un delito o una serie de delitos.
- Establecer el *modus operandi* y el comportamiento ritual del delincuente, para vincular eventos delictivos que presentan características razonablemente similares y que puedan atribuirse a un mismo agresor/es.
- Valorar el riesgo de que un agresor desconocido cometa nuevos delitos y orientar sobre posibles escenarios de actuación futura, víctimas potenciales y formas de operar.
- El diseño (estructura y planificación) y formulación de estrategias para llevar a cabo interrogatorios y entrevistas policiales de investigación con sospechosos, víctimas supervivientes y testigos.
- Evaluar la veracidad de las narrativas ofrecidas por perpetradores y sospechosos.
- Determinar dónde se pueden ubicar y localizar evidencias y pruebas relacionadas con el acontecimiento delictivo.

- Gestionar la interacción con los medios de comunicación para tratar de influir en el comportamiento del agresor y canalizar sus acciones hacia los intereses de los investigadores.

En resumen, las soluciones técnicas, operativas y estratégicas proporcionadas por la Perfilación Criminal se enfocan en un objetivo nuclear: respaldar el proceso de toma de decisiones de quienes están a cargo del caso criminal (Alison et al., 2011).

1.3. Estructura de un perfil criminológico. Dimensiones de estudio.

La estructura tipo de un Perfil criminológico integra generalmente las siguientes dimensiones de análisis: la escena/s donde se ha desarrollado el suceso delictivo, el *modus operandi*, el ritual y firma del autor, la victimología y los aspectos geoespaciales del crimen (Sotoca et al, 2019; Jiménez 2012).

De acuerdo con Soto (2017) la escena/s criminal se refiere a cualquier área física donde el perpetrador ha interactuado con la víctima en relación al hecho delictivo. Por consiguiente, puede ser considerado bajo un prisma policial como el elemento más transcendente para la investigación, ya que el contacto entre víctima y autor puede dejar rastros físicos y/o conductuales que serán cruciales para la resolución del caso. Desde este punto de vista, conviene observar, que para un análisis integral de la escena/s se debe considerar como un concepto multidimensional que combina aspectos materiales, psicológicos y contextuales (Soria et al, 2016).

Teniendo en cuenta a Garrido (2020) se pueden distinguir hasta cinco tipo de escenarios: el punto de contacto o abordaje (ubicación física en la que por primera vez el agresor se acerca a la víctima o bien la captura), la escena primaria o de consumación (área donde el delincuente ejecuta de forma efectiva los actos criminales sobre la víctima), la escena secundaria (localización espacial donde se ha producido algún tipo de contacto entre víctima y agresor), escena intermedia (que sirven de transición entre las diferentes emplazamientos) y la escena de abandono (donde se producen el último contacto entre víctima y victimario).

El *Modus Operandi* (en adelante M.O.) engloba todas las técnicas y métodos estrictamente necesarios que ayudan al delincuente en su propósito de materializar el delito con éxito. Como tal, integra todas las conductas y acciones emprendidas por un agresor para disponer de una víctima y completar los actos delictivos sin identificado o detenido (Hazelwood y Warren, 2003; Keppel et al, 2008; Turvey, 2012).

Esta afirmación implica, que el M.O es algo útil para el delincuente, ya que le funciona para sus intereses criminales. Aunque esta perspectiva puede parecer evidente, hay que considerar el M.O como un tema dinámico y moldeable susceptible de cambios a lo largo del tiempo (Keppel et al, 2008; Douglas y Mounn, 1992 citado en Hazelwood, 2003).

Por lo tanto, el M.O se configura como un comportamiento sujeto a modificaciones según las circunstancias de cada evento criminal o a medida que el delincuente acumula más experiencia. Otras contingencias que están fuera del control del perpetrador también pueden influir en la ejecución del delito, tales como, la indisponibilidad y/o respuestas conductuales de una víctima y la interrupción de un delito por parte de terceros.

En consecuencia, las acciones del M.O. no son exclusivas o limitadas a un individuo en particular y si el delincuente se enfrenta a una nueva situación o descubre una nueva forma de producir delitos, simplemente ajustará su método (Chancellor y Graham, 2017). Es así como, los métodos delictivos de un sujeto pueden ser bastante simples o complejos, con diversos grados de sofisticación, que reflejarán la experiencia, la motivación y la inteligencia del delincuente. (Hazelwood et al, 2003).

El comportamiento ritual (en adelante C.R.), como expresión de la conducta del agresor, emana de la psicología interna del sujeto en cuestión y contrasta con las exigencias situacionales para la comisión de un delito. En términos generales el C.R. se deriva de la motivación del delincuente y de las fantasías que lo revelan, presentando así un alcance simbólico a diferencia de la funcionalidad del M.O. (Geberth, 1996, citado en Hazelwood et al, 2003).

Baste lo anterior, para comprender que los C.R. son altamente individualizadores y esenciales para expresar y complementar el propósito primario o intención subyacente del acto delictivo. En virtud de esto, los C.R. presentan un enfoque más restringido que el M.O, que implica que el investigador de la escena criminal muestre una propensión a identificar más aspectos del M.O que de Los C.R (Hazelwood et al, 2003).

Al igual que el M.O. los C.R pueden experimentar variaciones en su expresión a lo largo de una cadena de delitos, siendo susceptibles de atenuación, modificación o interrupción. Este fenómeno puede atribuirse a diversos factores, como la escrupulosidad o la búsqueda de una representación más completa de la esencia de la fantasía, la incorporación de elementos que resultaron altamente excitantes para el agresor en un delito previo, el estado emocional del delincuente y posibles contingencias en episodios delictivos específicos (Douglas et al., 1992, citado en Hazelwood et al., 2003; Keppel et al., 2008).

El constructo «*firma*» se maneja dentro del campo criminológico para describir una combinación única de comportamientos que se producen a

través de dos o más delitos. Lo que indica con un alto grado de probabilidad que una serie de delitos ha sido cometida por un mismo autor. De ahí que, se trata de un patrón de conductas que puede contener tanto rasgos característicos de M.O (funcionales) como los C.R (simbólicos) del agresor (Douglas et al, 1992 citado en Hazelwood et al, 2003). En resumen, la firma se configura como la expresión personal de delincuente en una variedad de delitos (Keppel et al, 2008).

Las investigaciones policiales sobre un suceso criminal comúnmente se inician con un análisis en profundidad de la víctima, permitiendo inferir algunas características del agresor, como su nivel de destreza y su estado emocional. Este enfoque encauza la investigación hacia un grupo limitado de sospechosos (Sotoca et al., 2019).

Desde esta perspectiva, un estudio exhaustivo de la víctima puede desvelar temas importantes como los criterios de selección del autor, el nivel de riesgo asociado, las necesidades que el agresor pretendió satisfacer y el papel de la víctima en la dinámica delictiva, entre otros elementos relevantes (Garrido, 2020; Soto, 2017).

El análisis victimológico comprende dos elementos fundamentales. En primer lugar, la accesibilidad o disponibilidad para el agresor, que hace hincapié en las oportunidades que tiene éste para establecer contacto con la víctima. En segundo lugar, la vulnerabilidad que alude al grado en que la víctima puede terminar convirtiéndose como tal (Soto, 2017). Ambas dimensiones de estudio, disponibilidad y vulnerabilidad condicionan una tercera faceta, la del nivel de riesgo que enfrenta el autor para aproximarse y materializar las acciones criminales sobre la víctima escogida.

De ahí que, el protocolo de recogida de información de la víctima debe ser extenso y detallado, incluyendo información sobre su apariencia física, personalidad, psicología, vida laboral/profesional, trayectoria educativa, intereses, miedos, relaciones interpersonales, hábitos culturales, hobbies, historial clínico, antecedentes policiales/judiciales/penitenciarios, conflictos, cambios vitales, estado de ánimo y actividad previa al incidente delictivo, entre otros (Garrido, 2020; Soto, 2017).

Para concluir, se aborda el perfil geográfico criminal (en adelante P.G.C.), que para algunos autores es parte integrante del Perfil Criminológico, dado que puede ayudar a conectar hechos delictivos y favorecer la captura del agresor (Rossmo y Summers, 2015). De esta manera, El P.G.C. emerge como una técnica de investigación especializada que emplea las ubicaciones de diversos delitos interrelacionados para predecir y determinar la zona más probable de residencia o punto de anclaje del perpetrador (Rossmo et al, 2015; Vázquez y Soto, 2019).

Dentro de este marco, los objetivos prioritarios del P.G.C se centran en suministrar información relevante del comportamiento espacial del

perpetrador, sus patrones de desplazamiento, áreas de actividad criminal, probable ubicación de su base de operaciones u otros emplazamientos significativos para el autor, entre otros aspectos (Canter y Young, 2008).

El P.G.C contempla dos vertientes, una de naturaleza cuantitativa (objetiva) que se apoya en métodos geoestadísticos y algoritmos matemáticos, para la generación y aprovechamiento de datos. Para ello, se utilizan sistemas de información geográfica (SIG) que incorporan softwares especializados como «*rigel*», «*predador*», «*dragnet*», etc. (Rossmo et al, 2015; Jiménez, 2012).

La vertiente cualitativa (subjetiva) del P.G.C se orienta hacia la reconstrucción e interpretación del «*mapa cognitivo*» del agresor, así como en el análisis de sus patrones espaciales de conducta (Rossmo et al, 2015). Con este fin, se recopila y examina información sobre la caracterización sociodemográfica de la población residente en los escenarios criminales, el estilo de caza (métodos de búsqueda y ataque a la víctima) del autor, las rutinas de actividad y desplazamiento de las víctimas, las barreras físicas y psicológicas que condicionan la movilidad del agresor, la ubicación de los escenarios criminales, entre otros aspectos (Jiménez, 2012).

II. Algunos marcos metodológicos nacionales e internacionales para la construcción de perfiles criminológicos

Desde una perspectiva metodológica, se identifican dos modalidades principales de razonamiento lógico en la aplicación del perfilado criminal, destinadas a realizar inferencias sobre el delincuente: la inducción y la deducción.

El proceso inductivo se inicia a partir de la información recopilada de extensas muestras de delitos similares que han sido resueltos, en los que se encuentran disponibles las características tanto del autor como de los escenarios criminales. Así, se confrontan las observaciones específicas de un delito actual no esclarecido con casos anteriores naturaleza similar, empleando estos últimos como base para la generalización de las características prototípicas de un delincuente (Petherick, Turvey y Ferguson, 2009). Es preciso destacar que el perfilado inductivo se asienta en razonamientos estadísticos y/o correlacionales, por lo que la información presentada se basa en probabilidades y no en certezas absolutas (Petherick et al, 2009; Sotoca et al, 2019).

En contraposición, el procedimiento deductivo, también conocido en la literatura científica como el método de «*autor desconocido*», se fundamenta en la premisa de que el perpetrador, durante la comisión del delito, exhibirá características intrínsecas a su identidad a través de los comportamientos manifestados en la escena del crimen. En consecuen-

cia, este método se centra en el análisis exclusivo del caso particular, considerando únicamente la evidencia objetiva y reconocible (Janosch et al., 2019; Sotoca et al., 2019). La robustez de este enfoque reside en la certeza de que, si las premisas son verdaderas las conclusiones derivadas también lo serán (Strano, 2004).

Desde un punto de vista operativo se emplean ambas formas de razonamiento lógico, propiciando la generación de una idea o tesis novedosa (hipótesis) que trasciende los hechos observados, a través de un procedimiento conocido como «*abducción*» (Garrido, 2020; Janosch et al., 2019; Soto, 2017).

En el marco del asesoramiento criminológico conductual, al cual se ha aludido en la introducción, se contempla como superada la controversia entre los procesos de razonamiento deductivo e inductivo, dada su esencialidad y complementariedad. Esta concepción ha impulsado el desarrollo de modelos de perfilación criminal de carácter integrador que combinan ambas metodologías.

A partir de la implementación del modelo de perfilación del F.B.I en la década de los setenta en Estados Unidos, han surgido diversas corrientes y escuelas en otros países. Estos enfoques de Perfilación Criminal se sustentan en la aplicación de procesos de razonamiento inductivo y deductivo. Detalles acerca de algunos de los modelos más relevantes se presentan en la tabla 2.

2.1. Modelos de perfilación inductivos

2.2.1 Escuela del F.B.I- Crime Investigative Analysis (C.I.A)

Como ya se ha indicado el C.I.A. representa una metodología pionera en el campo del Perfilación Criminal, concebida por el FBI a través de la B.S.U. en la década de los años 70. Sus precursores originales fueron Howard Teten y Pat Mullany (Garrido, 2020). En sus inicios, el modelo C.I.A se apoyó en un estudio llevado a cabo entre 1979 y 1983, durante el cual agentes del F.B.I entrevistaron a delincuentes seriales encarcelados para obtener información sobre sus crímenes. El propósito primordial era determinar si existían características consistentes en todos los hechos delictivos que pudieran ser útiles para clasificar a estos agresores (Petherick et al., 2009).

La eficacia de los perfiles en el modelo C.I.A se sustentaba en gran medida en la interpretación subjetiva y experiencia de los analistas que lo aplicaban (Petherick et al., 2009). El proceso de diseño del perfil involucraba siete pasos, desde la valoración del hecho delictivo hasta la elaboración del perfil con características del delincuente y sugerencias de investigación (Douglas, Ressler, Burgess, y Hartman, 1986).

Aunque el C.I.A se emplea de manera amplia, el modelo ha sido criticado por su falta de fundamentación teórica, base científica limitada y simplificación excesiva del comportamiento criminal (Turvey, 2012; Petherick et al., 2009). Sin embargo, el F.B.I y ex perfiladores han adoptado una perspectiva más científica, profesional e integrada en los últimos años, buscando superar los juicios desfavorables y mejorar la transparencia en los resultados (Turvey, 2012; Petherick et al., 2009; Soria et al, 2016; Alison et al., 2010).

2.2.2. Propuesta británica Investigative Psychology (I.P).

La psicología investigadora (en adelante I.P, por sus siglas en inglés: Investigative Psychology) originada en el Reino Unido y liderada por el psicólogo David Canter, propone un enfoque inductivo en la investigación del comportamiento del delictivo.

Canter emplea análisis estadísticos multivariantes para categorizar grandes muestras de datos relacionados con crímenes y delincuentes, en contraposición al enfoque del FBI, que se centra en la observación y análisis de patrones y características específicas de casos para la elaboración de perfiles (McGrath, 2000; Sotoca et al, 2019).

Aunque los resultados obtenidos con la I.P son inductivos se sustentan en evaluaciones empíricas sólidas y confiables (Petherick et al., 2009). Este modelo enfatiza la aplicación de teorías psicológicas al fenómeno delictivo. El objetivo principal de la I.P se centra en respaldar la investigación criminal, aportando particularidades del autor que sean útiles y que tengan correspondencia estadísticamente relevante con la información conductual y de otro tipo localizada en el escenario criminal (Sotoca et al, 2019; Alison et al, 2010).

Este enfoque de Perfilación Criminal, comúnmente referido como el «*modelo de los cinco factores*», se estructura en cinco componentes fundamentales que representan tanto el pasado como el presente del delincuente (Petherick et al., 2009). Así, la coherencia interpersonal destaca cómo las personas interactúan, sugiriendo que el agresor trata a sus víctimas de manera similar a otras relaciones en su vida diaria. La importancia del tiempo y lugar revela aspectos de la personalidad del agresor mediante la elección específica de momentos y ubicaciones, generando mapas mentales (Ainsworth 2001). El factor de la carrera criminal apunta una consistencia en el comportamiento del delincuente a lo largo de varios delitos, con cierto margen de cambio. Por último, la conciencia forense indica un aprendizaje criminal fundamentado en experiencias previas con el sistema de justicia penal y sus instituciones (Canter, 1989; Petherick et al., 2009).

2.2.3. Perspectiva australiana Crimen Action Profilig (C.A.P)

El modelo del Perfil de la Acción del Crimen (en adelante C.A.P. por sus siglas en inglés: Crimen Action Profilig), es de naturaleza inductiva y de acuerdo con algunos expertos, este enfoque se considera una evolución o derivación de la I.P compartiendo similitudes notables al incorporar innovadoras técnicas de análisis estadístico (Sotoca, 2016; Sotoca et al., 2019).

En contraste con otras corrientes de enfoque inductivo, el destacado psicólogo forense australiano Richard Kocsis, principal exponente del C.A.P se focaliza exclusivamente en las conductas del agresor para elaborar el perfil, omitiendo la consideración de factores motivacionales.

El modelo C.A.P sobresale por su capacidad para generar taxonomías de delitos específicos y perfiles de agresores, mediante el recurso a técnicas estadísticas de análisis de conglomerados o clúster para agrupar variables y encontrar correspondencias significativas.

2.2.4. Metodología Inductiva de Investigación aplicada (M.I.I.A). La aproximación mexicana

La Metodología Inductiva de Investigación Aplicada (en adelante, M.I.I.A.) representa una innovadora propuesta de Perfilación Criminal centrada en el contexto latinoamericano, particularmente desarrollada en México por la psicóloga y criminóloga Mónica Ramírez Cano en el año 2012. En contraste con enfoques anteriores, el M.I.I.A. concentra su atención en la evaluación de delincuentes identificados, particularmente aquellos bajo reclusión, con la finalidad de enfrentar y prevenir la elevada incidencia de delitos violentos en México (Cuervo, 2021).

Este procedimiento se basa en un detallado protocolo de recolección de información con 482 ítems, completado mediante entrevistas con los presos y otros datos indirectos. La estructura de registro incluye bloques sobre datos del agresor, crimen y método de operación, víctima, cómplices y observaciones adicionales. La utilización de diversos instrumentos de evaluación psicológica, adaptados a la población mexicana, como el HCR-20, SVR-20, PCL-R y MMPI_TM_2, es esencial para la construcción del perfil del agresor (Cuervo, 2021).

El M.I.I.A. se propone desarrollar estrategias preventivas e intervencionistas, evaluando la peligrosidad, el riesgo de reincidencia y otras áreas de intervención con el agresor. De esta manera, contribuye al abordaje integral del fenómeno criminal en el país (Cuervo, 2021).

2.2. Modelos de perfilación deductivos

2.2.1. El enfoque del Analysis Behavioral Evidence Analysis (B.E.A)

El modelo de análisis de las evidencias del comportamiento (en adelante B.E.A, por sus siglas en inglés: Behavioral Evidence Analysis) desarrollado por Wayne Petherick y Brian Turvey, se aparta de los enfoques I.P y C.I.A al basarse puramente en la ciencia forense y la interpretación de la evidencia física relacionada con el delito (Turvey, 2012).

Esta corriente deductiva, exige evidencia específica para derivar conclusiones sobre un delincuente. Se distingue por su enfoque riguroso en el método científico y la evaluación del delito, haciendo uso de datos provenientes del análisis forense, la victimología y la inspección de la escena del crimen. A diferencia de otras escuelas, el B.E.A rechaza la creación de perfiles basados en categorías criminales y delitos anteriores mediante métodos estadísticos inductivos, reconociendo la singularidad de cada individuo (Petherick et al., 2009).

La fortaleza del B.E.A reside en que el perfilador se enfoca en determinar la veracidad de las pruebas físicas y su conexión con el delito, limitándose a trabajar únicamente con información conocida. Esto involucra descartar especulaciones y conjeturas, desestimando la relevancia de la evidencia con poco valor probatorio en el análisis final (Petherick et al., 2009).

El procedimiento B.E.A implica etapas secuenciadas, comenzando con el análisis forense, seguido por la evaluación de la víctima, el análisis del delito y, concluyendo con la integración de la información para obtener el perfil criminal del delincuente (Chisum y Turvey, 2011).

2.2.2. El desarrollo español. Método V.E.R.A.

El Cuerpo Nacional de Policía implementa operativamente el método V.E.R.A., desarrollado en el año 2014 por D. Juan Enrique Soto Castro, Inspector jefe y principal responsable de la Sección de Análisis de Conducta (S.A.C) dentro de la Unidad de Inteligencia Criminal del cuerpo policial. Este modelo de Perfilación Criminal se centra en los pilares fundamentales de la técnica: víctima, escena del delito, reconstrucción del delito y autor (Soto, 2017).

Soto (2017) conceptualiza el método V.E.R.A. como un protocolo para desarrollar perfiles psicológicos de delincuentes desconocidos, integrando los conocimientos más avanzados en psicología criminal. La construcción de perfiles en el modelo V.E.R.A. se organiza en cuatro fases:

- Recolección de todos los datos relevantes y disponibles de las categorías fundamentales referenciados anteriormente (víctima, escena del delito, reconstrucción del delito y autor).
- Realización de inferencias o deducciones lógicas, a partir de la información disponible.
- Formulación de hipótesis, en base a las inferencias obtenidas.
- Generación del perfil psicológico del presunto agresor y la formulación de recomendaciones operativas destinadas a los investigadores asignados al caso.

2.3. Modelos de perfilación integradores

2.3.1. Evolución británica. Behavioral Investigative Advisers (B.I.A)

En la década de 1990, en el Reino Unido, se gestó una nueva perspectiva para la gestión efectiva del asesoramiento en investigación conductual, destacando tres aspectos claves: El reemplazo del término «*Offender Profiler*» por el de «*Behavior Investigative Adviser*», que generó un nuevo empleo profesional designado como «*Asesor de Investigación Conductual*» (en adelante B.I.A por sus siglas en inglés: Behavior Investigative Adviser) y la regulación de sus condiciones laborales. El establecimiento de un proceso para auditar y evaluar los consejos proporcionados por los B.I.A a los investigadores policiales y la obtención de información de gestión precisa para permitir el desarrollo estratégico de este enfoque basado en la evidencia (Rainbow, 2008).

La corriente B.I.A, según Alison et al. (2011), plantea una perspectiva más integradora en la investigación criminal, distanciándose de los paradigmas convencionales de la Perfilación Criminal Su objetivo es brindar servicios completos de asistencia psicológica y científica en investigaciones policiales, incluida la elaboración de perfiles criminales (Rainbow, Gregory y Alison, 2014). Los B.I.A colaboran con oficiales superiores en la toma de decisiones informadas durante investigaciones de delitos graves, integrando teoría, investigación y experiencia en ciencias del comportamiento (Davis, Rainbow, Fritzon, West y Brooks, 2018).

El modelo B.I.A busca profesionalizar la disciplina mediante la elaboración de protocolos fundamentados en estudios empíricos y la regulación del acceso de asesores externos, como psicólogos y criminólogos, así como de agentes policiales al puesto de B.I.A. Con este propósito, es necesario superar rigurosos procesos de selección y capacitación especializada, implementar mecanismos de control, asegurando la calidad y realizando auditorías periódicas, y abordar consideraciones éticas y deontológicas (Alison et al., 2011).

Tabla 2. Algunas escuelas y corrientes de perfilación criminal

Modelo/corriente	Metodología	Autores	País
Crime Investigative Analysis (C.I.A)	Inductiva	F.B.I-B.A.U	Estados Unidos
Investigative Psychology (I.P)	Inductiva	David Canter	Reino Unido
Behavioral Evidence Analysis (B.E.A)	Deductiva	Wayne Petherick	Australia
		Brian Turvey	Estados Unidos
Crimen Action Profilg (C.A.P)	Inductiva	Richard Kocsis	Australia
Sistema Eclético de Perfilado Criminal (S.E.P.EC)	Integradora	Guardia Civil-S.A.C.D	España
Método V.E.R.A	Deductiva	Juan Enrique Soto Castro, Policía Nacional-S.AC	España
Behavior Investigative Adviser (B.I.A)	Integradora	N.P.I.A y A.C.P.O	Reino Unido
Metodología Inductiva de Investigación aplicada (M.I.I.A)	Inductiva	Mónica Ramírez Cano	México

La perspectiva B.I.A concede una notable relevancia al conocimiento «tácito», integrado en la experiencia, así como al razonamiento lógico sin sesgos. Además, destaca la participación activa de los asesores de conducta en la investigación, ofreciendo sugerencias operativas prácticas y pertinentes para la resolución de casos criminales.

Los profesionales B.I.A. tienen la capacidad de desarrollar perfiles psicológicos y aplicar diversas técnicas, ajustadas a su formación y conocimientos específicos. Sus responsabilidades incluyen la priorización de posibles autores, la conexión de escenarios criminales, la creación de perfiles geográficos, el asesoramiento en entrevistas de investigación, la gestión mediática y la evaluación del riesgo de agresores en el ámbito clínico (Alison et al., 2011)

2.3.2. Modelo español de la Guardia Civil. Sistema Eclético de Perfilado Criminal (S.E.P.E.C)

La Sección de Análisis del Comportamiento Delictivo (S.A.C.D) de la Guardia Civil ha desarrollado el Sistema Eclético de Perfilado Criminal (S.E.P.C.), tomando como referencia el modelo B.I.A. del Reino Unido. Los miembros de la S.A.C.D han promovido una colaboración constante con el entorno académico y universitario para respaldar de manera empírica y científica sus procedimientos de trabajo (Sotoca et al., 2019).

Los principios integradores de la corriente británica B.I.A han sido aplicados al S.E.P.C. para incorporar el asesoramiento conductual en el proceso de investigación, expandiendo el análisis del comportamiento a víctimas, testigos y posibles agresores mediante la utilización de diversas técnicas (Sotoca et al., 2019).

El modelo S.E.P.C. se compone de cinco etapas: recopilación y análisis de información, deducción basada en evidencia conductual, respaldo empírico de las características inferidas, identificación del autor y perfilado indirecto. Cada fase y las técnicas correspondientes se fundamentan en las diversas metodologías de Perfilación Criminal previamente descritas, lo que demuestra una concepción holística de la técnica (Sotoca et al., 2019).

III. Objetivo y método

Aunque se reconoce el amplio desarrollo teórico-práctico de la Perfilación Criminal, algunos aspectos importantes de la disciplina han recibido escasa atención en la literatura científica. Por ejemplo, falta una evaluación exhaustiva y rigurosa de la efectividad real de las diversas escuelas y técnicas de Perfilación Criminal en investigaciones policiales. Además, la importancia y el impacto de las contribuciones de especialistas policiales y asesores externos (perfiladores independientes, criminólogos y psicólogos) en la investigación del comportamiento delictivo no han sido suficientemente valorados empíricamente.

En la misma línea, otras áreas de la Perfilación Criminal apenas han sido exploradas desde una óptica empírica, es la diferenciación de roles entre investigadores policiales y perfiladores en el marco del proceso de investigación criminal (Sotoca et al., 2019).

En concordancia con lo expuesto previamente, es importante destacar la limitada cantidad de investigaciones que han abordado las dinámicas de colaboración e interacción entre las figuras profesionales de investigadores y analistas del comportamiento criminal. Esta insuficiencia en la investigación empírica representa un vacío en la comprensión

de las relaciones y procesos colaborativos entre ambas funciones en el contexto criminal.

Por consiguiente, la finalidad principal de esta investigación enmarcada, en el proyecto de fin de máster en Análisis y Prevención del Crimen de la Universidad Miguel Hernández de Elche, fue explorar y determinar los planteamientos más apropiados para la introducción y gestión del asesoramiento criminológico conductual en los cuerpos de seguridad.

Además, el estudio se enfoca en dos aspectos fundamentales: identificar los ámbitos delictivos prioritarios para la aplicación de las técnicas de Perfilación Criminal y evaluar los modelos de Perfilación Criminal más eficaces para su implementación policial. Asimismo, se busca analizar las diferencias entre la labor de una analista de conducta criminal y un investigador policial.

A los efectos de obtener la información necesaria sobre la temática abordada, se optó por un enfoque cualitativo mediante la realización de entrevistas a diez profesionales, que incluyeron tanto a personal policial como del ámbito civil, todos con experiencia en ciencias del comportamiento criminal.

De esta forma, cuatro integrantes de unidades policiales especializadas en Perfilación Criminal de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía y Ertzaintza participaron en la investigación. A nivel internacional, se sumaron una experta de la Policía Federal de Argentina y otra del cuerpo de policía de Santiago del Estero (Argentina). Además, contribuyeron dos criminólogas y perfiladoras independientes destacadas en Argentina y México. Asimismo, participaron dos doctores en criminología y psicología españoles en el estudio. En la tabla 3 se presenta de forma resumida la información sobre los perfiles profesionales de los participantes en el estudio

Tabla 3. Profesionales que han participado en el estudio.

	PAÍS	PERFIL ACADÉMICO- PROFESIONAL
1	Argentina	Diplomada en Criminología y Criminalística Perfiladora criminal Independiente. Capacitadora universitaria, de magistrados y funcionarios del ámbito de la justicia nacional y cuerpos policiales.
2	Argentina	Jefa Área de Perfilación Criminal del Cuerpo de Policía de Santiago del Estero (Argentina).
3	España	Doctora en Criminología, Profesora Ayudante Doctor, Universidad Internacional de la Rioja (España).

	PAÍS	PERFIL ACADÉMICO- PROFESIONAL
4	España	Comandante, jefe de la Sección de Análisis del Comportamiento Delictivo de Guardia Civil.
5	México	Psicóloga, Criminóloga y perfiladora criminológica independiente. Colaboradora habitual con las agencias policiales de México.
6	Argentina	Medica legista y psiquiatra, jefa del Gabinete de Criminología, Psiquiatría y Psicología Forense, División de Medicina Legal de la Policía Federal de Argentina.
7	España	Subcomisario jefe Secciones Centrales de Investigación y Policía Judicial de la Ertzaintza.
8	España	Doctor en psicología y Catedrático en Criminología por la Universidad de Valencia. CAT Universidad. Experto en la técnica de Perfilación criminal.
9	España	Subinspectora de la Sección de Análisis de Conducta del Cuerpo Nacional de Policía.
10	España	Policía de la Sección de Análisis de Conducta del Cuerpo Nacional de Policía

Con la finalidad de recabar las valoraciones y opiniones técnicas de la muestra de participantes, se empleó la técnica de encuesta mediante la elaboración de un formulario «*ad hoc*». Dicho cuestionario constaba de 13 ítems, compuestos por preguntas abiertas y dicotómicas, y fue distribuido de manera telemática mediante el uso del software «*Google Forms*». Esto permitió facilitar la recopilación de información para su ulterior procesamiento y análisis.

IV. Resultados

4.1. *Los ámbitos delictivos en los que se aplica de manera prioritaria la perfilación criminal.*

Las técnicas de Perfilación Criminal se desarrollaron originalmente para asistir a los investigadores policiales cuando se enfrentaban a situaciones criminales complejas y difíciles de resolver con los métodos policiales tradicionales (Kocsis y Palermo, 2008). Por ese motivo la Perfilación Criminal se orientó principalmente hacia delitos graves y violentos contra las personas, de naturaleza homicida y/o sexual, de carácter serial y con perpetrador desconocido.

No obstante, la utilidad de la Perfilación Criminal ha ampliado su alcance, como soporte a la investigación de otras modalidades delictivas como puede ser el incendio intencionado, las amenazas, el acoso y el acoso cibernético, entre otros (Douglas, Burgess, Burgess, Ressler y Burgess, 2013).

Sobre esta cuestión, la perfiladora independiente argentina, precisó que el uso del perfilado puede dirigirse también a agresores impulsivos o con motivaciones que no necesariamente involucran psicopatologías, pudiendo cometer *«delitos de amenazas combinadas con usurpaciones de identidad, intimidación, stalking, vigilancia con hackeo de dispositivos móviles»*.

De igual manera, es destacable la perspectiva del subcomisario de la Ertzaintza quien señaló que la literatura y las películas reflejan la noción de que el perfilado se orienta principalmente hacia delitos violentos, graves, con elementos sexuales o psicopatológicos en el autor. Sin embargo, hizo hincapié en que el análisis del comportamiento delictivo también puede ser aplicado en incendios intencionados y otras tipologías delictivas. Acorde con esta visión, la subinspectora de la S.A.C afirmó que el perfilado puede usarse en diversos tipos de delitos, tales, como amenazas, extorsiones, etc.

Desde otro punto de vista, es destacable que el jefe de la S.A.C.D observó que, en el contexto español, la técnica de Perfilación Criminal se emplea predominantemente en incidentes delictivos de episodio único

Por otro lado, la reflexión ofrecida por el Subcomisario de la Ertzaintza, subraya un aspecto fundamental en el campo de la investigación criminal en conexión con la Perfilación Criminal al afirmar que *«hay que tener en cuenta que los investigadores perfilamos siempre y sin darnos cuenta, ya que buscamos una explicación a lo que tenemos delante, las preguntas del quién, cómo, cuándo, porqué, etc., que todo investigador ha de contestar es una forma de perfilación. En estos casos, se utiliza la comparación, la experiencia, etc. Ressler se fijó en el trabajo de dos investigadores de homicidios, en las anotaciones que hacían de cada caso y que luego utilizaban en sus investigaciones»*.

4.2. Evaluación de la eficacia de los modelos de perfilación criminal en el proceso de investigación

Conforme indicó el jefe de la S.A.C.D el enfoque integrador de la Perfilación Criminal, prevalece actualmente en las unidades de análisis de conducta de las fuerzas policiales a nivel internacional especificando que *«Nosotros utilizamos un modelo eclético, en el que partiendo de un enfoque de caso único (deductivo como el de Turvey) se vayan realizando inferencias sobre las características del posible autor, que luego cotejamos con*

las características más probables a nivel inductivo (de otros autores que se hayan comportado de modo similar, como propone la escuela británica de Canter), de tal modo que se le dote de mayor respaldo empírico a esas inferencias. Este modo de trabajar es el que también llevan a cabo los B.I.A del Reino Unido y se basan para justificarse en el modelo argumentativo de Toulmin»

Asimismo, el catedrático en criminología de la universidad de Valencia, expuso que la escuela de perfilación que considera más práctica sería *«una mezcla» del modelo de la B.S.U, el modelo de la evidencia de Turvey y la idea de trabajo conjunto del B.I.A entre el perfilador y la policía desde el principio»*

Acerca de este tema, el subcomisario de la Ertzaintza apuntó que, *«en la práctica, cada tipo de perfilado, ya sea geográfico, psicológico o situacional, proporciona datos valiosos al investigador».*

Dos especialistas policiales pertenecientes a la S.A.C explicaron que utilizan un modelo similar al B.I.A, valorándolo favorablemente, y puntualizaron que *«en este modelo el perfilador es un asesor en la investigación. No es un mero teoricista, sino que asesora de forma práctica al investigador. Me parece mucho más útil en la práctica policial. Es el modelo que integra la base teórica con la operatividad policial de la mejor forma y por tanto resulta más útil en investigaciones policiales. Dota al investigador de sugerencias o líneas de investigación que le pueden ser de utilidad sin centrarse en él excesiva psicologización de los resultados, que en el trabajo de campo resultan inoperativos».*

Además, los dos integrantes de la S.A.C sostuvieron que las corrientes de Perfilación Criminal más beneficiosas para el trabajo con casos reales son aquellas que trabajan mano a mano con el investigador policial como es el caso del B.E.A. Asimismo, la perfiladora de la Policía Federal de Argentina reseñó que su experiencia se limita a la aplicación de un enfoque principalmente deductivo, centrado en el análisis exhaustivo de la escena del crimen y del perfil de la víctima.

En comparación, la perfiladora independiente argentina participó que *«aplica un método propio, ajustándolo conformes a los datos disponibles en la causa que combina el modelo deductivo para la victimología con el inductivo estandarizado, desde el aspecto técnico para el resto de información a procesar».*

Por otro extremo, la doctora en criminología de la Universidad Internacional de la Rioja y la perfiladora mexicana independiente creadora del método M.I.I.A indicaron que siguen el modelo inductivo M.I.I.A desarrollado en México.

La perfiladora de la Policía del Santiago del Estero (Argentina), aclaró que, *«aunque sigo a Garrido en términos metodológicos, incorporo mi propia experiencia».* A su vez, el catedrático en criminología de la Univer-

sidad de Valencia, detalló que «*intenta ajustarse al modelo de la B.S.U del F.B.I combinándolo con el enfoque de Turvey y la colaboración propuesta por el B.I.A entre el perfilador y la policía, con el objetivo de obtener inferencias basadas en la evidencia más precisa y acorde con la escena del crimen*».

4.3. *Diferencias entre investigadores y analistas de comportamiento criminal*

Como indican Sotoca et al. (2019), escasean los estudios que se hayan ocupado de manera detallada del papel que desempeñan el investigador policial (en adelante I.N.V.P.) y el analista de conducta criminal (en adelante A.C.C.) en el proceso investigativo. Además, es relevante destacar que algunas agencias de seguridad han permitido, en situaciones específicas, la colaboración de asesores especializados en ciencias del comportamiento de instituciones académicas y del sector privado (González, 2015).

Esto sugiere la posibilidad de conflictos entre los I.N.V.P. y los A.C.C., al solaparse los cometidos de ambas figuras profesionales, especialmente si el perfilador no está integrado como funcionario en la institución policial. Además, cada participante en la investigación puede interpretar la información de manera distinta según sus responsabilidades, funciones y habilidades. En particular, un A.C.C. tenderá a centrarse en datos que revelen los procesos de toma de decisiones del agresor y su comprensión de la víctima y el lugar de los hechos (Knabe-Nicol et al., 2011).

En la tabla 5 se delinearán las posibles diferencias entre los analistas del comportamiento criminal y los investigadores, en lo que respecta al papel desempeñado por cada uno en el marco del proceso de investigación criminal, fundamentado en la revisión de la literatura criminológica.

Tabla 4. Distinción del rol del investigador y perfilador

PERFILADOR	INVESTIGADOR
Capacidad para percibir patrones de conductas delictivas (Canter, 1989).	Capacidad para identificar e interpretar indicios objetivos que le permitan progresar en la investigación.
Apoya y orienta la toma de decisiones en la investigación y sugiere posibles vías de investigación (Alison et al, 2011).	Asume la responsabilidad en la toma de decisiones operativas para el impulso y avance de la investigación. Debe comprobar y en su caso descartar todas las posibles líneas de investigación.

PERFILADOR	INVESTIGADOR
Su finalidad no es la resolución del crimen por sí mismo (González, 2015). Su objetivo principal es proporcionar asesoramiento útil, basado en la psicología y comportamiento del delincuente (Knabe-Nicol, Alison y Rainbow, 2011).	Su propósito final es la resolución del delito y tratar de ofrecer respuesta a todas las variables criminales, aportando el máximo de indicios/elementos de carácter objetivo al proceso penal.
Sus informes se basan en probabilidades y no en certezas (Alison et al, 2011).	En las diligencias policiales aporta informaciones/datos de carácter objetivo y no especulativo.
Trabaja con toda la información disponible del caso, sin filtros previos. (Soto, 2017).	Aunque recaba toda la información disponible del caso, realiza una labor de filtrado descartando datos que considere no útiles para el avance de la investigación.
En el examen del escenario trata de identificar evidencias conductuales que le permitan reconstruir la dinámica criminal.	En la inspección ocular del escenario se apoya en las unidades de Policía Científica (criminalística) para obtener evidencias físicas identificativas objetivas.
La motivación es un elemento esencial para la construcción del perfil.	El móvil del hecho delictivo es una variable más que tratará de resolver.

En lo que concierne a este asunto, la perfiladora de la Policía Federal de Argentina, estimó que en ocasiones los investigadores no logran comprender completamente los aspectos psicológicos de un comportamiento. A pesar de ello, destacó que *«cada vez son menos las reservas hacia la intervención de un psiquiatra o psicólogo en una investigación»*.

En línea con este punto de vista, el agente policial de la S.A.C aseveró que *«en nuestro caso no. Hay respeto mutuo y el investigador es libre de llevar a cabo nuestras sugerencias o líneas de investigación. Suelen ser muy permeables y están dispuestos a seguir nuestras indicaciones»* Desde otra óptica, el catedrático en criminología de la Universidad de Valencia evaluó que *«el solapamiento no es malo, el mejor perfilador también debería investigar o al menos estar al tanto de la investigación desde el principio»*

Adicionalmente, el jefe de la S.A.C.D argumentó que *«los conflictos no se producen si se explica previamente al investigador en qué consistirá el apoyo, aclarándole que no se busca reemplazarlo en la dirección de la investigación, sino que el trabajo consiste en asesorarlo conductualmente para tome las mejores decisiones»*. A ese respecto, la perfiladora argentina independiente mencionó no haber experimentado conflictos de rol con los investigadores policiales, abogando por una colaboración conjunta.

Señaló que *«el perfilador puede aparecer cuando la investigación se encuentra en punto muerto y en caso de segundas opiniones»*.

A esto se añade, que el jefe de la S.A.C.D concretó que el objetivo principal del perfilador es *«aportar un perfil que desemboque en una línea exitosa de investigación, que termine con el esclarecimiento de los hechos. Esa línea puede haber sido ya valorada por el investigador y que el perfil simplemente refuerce esa hipótesis o que se inicien otras nuevas líneas a partir de la técnica»*. Bajo esta óptica, el catedrático en criminología de la Universidad de Valencia señaló que *«el fin principal del perfilador es orientar la labor de investigación, focalizarla y plantear hipótesis productivas»*

En una línea similar, el agente policial de la S.A.C planteó que *«los cometidos principales del A.C.C se centran en seleccionar las líneas de investigación más adecuadas y realizar un primer triaje entre posibles sospechosos para agilizar la investigación»*. Igualmente destacó la importancia de inferir las características de personalidad del agresor para sugerencias que les puedan resultar útiles a nivel operativo a los investigadores.

Dentro de este marco, la perfiladora de la Policía Federal de Argentina valoró que la meta del perfilador consiste en intentar deducir las características principales del autor del delito para contribuir a la identificación y, en consecuencia, a su captura.

4.4. Sistemas para la implementación y gestión del asesoramiento criminológico conductual en las agencias de seguridad

4.4.1. Unidades policiales especializadas exclusivamente en técnicas de perfilación criminal

Frecuentemente, las agencias de seguridad ofrecen asesoramiento criminológico conductual dentro del contexto de las investigaciones criminales mediante departamentos policiales específicos y altamente especializados. Estas unidades están conformadas por personal debidamente capacitado, cuya dedicación exclusiva se centra en estas funciones

En España, únicamente dos instituciones policiales de ámbito estatal han implementado oficialmente divisiones especializadas en Perfilación Criminal Por un lado, la S.A.C.D de Guardia Civil que fue pionera en este campo, habiéndose instaurado en el año 1994, estando adscrita a la Unidad Técnica de Policía Judicial, habiendo participado su máximo responsable en este estudio.

Por otro lado, el Cuerpo Nacional de Policía estableció la S.A.C en el año 2010, estando integrada en la Unidad Central de Inteligencia Criminal, de la Comisaría General de Policía Judicial (Soria et al, 2016; Sotoca

et al., 2019). Cabe destacar que dos miembros de dicha unidad también participaron en el presente estudio.

En lo que respecta a los cuatro cuerpos policiales autonómicos que operan en España (Mossos d'Esquadra, Ertzaintza, Policía Foral Navarra y Policía de Canarias), es relevante señalar que no han activado de manera formal esta especialidad. Con todo, en Cataluña, el cuerpo de Mossos d'Esquadra, ha puesto en funcionamiento recientemente de forma experimental, un grupo de Análisis de la Conducta Criminal (G.A.C), incardinado en la Unidad Central de Agresiones Sexuales (U.C.A.S), si bien con una aplicación reducida y limitada de la técnica de la PERFILACIÓN CRIMINAL (Ruiz, 2021). Es importante resaltar que, a nivel autonómico, ha colaborado en la presente investigación el jefe de las secciones centrales de investigación y policía judicial de la Ertzaintza.

En el ámbito latinoamericano, se ha constatado que la Policía Federal Argentina dispone de un Gabinete de Criminología, Psiquiatría y Psicología Forense. De acuerdo con su principal responsable, quien ha participado en el presente estudio, esta unidad elabora perfiles de criminales desconocidos a petición de fiscalías y agentes policiales encargados de las investigaciones en curso. Sin embargo, la representante de esta área especializada señaló que *«la Perfilación Criminal no es una técnica comúnmente solicitada debido a la falta de difusión en los estamentos judiciales y policiales, aunque se está llevando a cabo un esfuerzo para capacitar a investigadores policiales y judiciales sobre los beneficios de esta disciplina»*.

Dentro del marco de este estudio, también se ha comprobado la existencia de un Área de Perfilación Criminal en el cuerpo policial que opera en la provincia de Santiago del Estero (Argentina). Según lo expresado por su directora, participante en este estudio, esta área brinda apoyo regular a investigadores policiales y órganos judiciales.

4.4.2. Externalización de la función de asesoramiento criminológico conductual

Algunos autores abogan por la derivación del asesoramiento en materia de comportamiento delictivo a profesionales civiles especializados en la materia (González, 2015). En esta línea, en una investigación, Alison (2005) observó que varias organizaciones policiales a nivel mundial regularmente buscaban la colaboración de psicólogos para abordar aspectos vinculados con la prevención, gestión e investigación del fenómeno delictivo. Además, estos profesionales dedicaban parte de sus actividades a la elaboración de perfiles de delincuentes desconocidos.

En este contexto, es pertinente señalar que en España se llevaron a cabo colaboraciones puntuales en casos de crímenes serializados y de

gravedad excepcional, con la participación de expertos externos del ámbito académico, especializados en psicología y/o criminología.

En consecuencia, en el marco de la presente investigación, se ha contado con la colaboración de tres especialistas no vinculados a las fuerzas policiales, originarios de España, Argentina y México. Estos expertos han proporcionado asesoramiento conductual de forma regular y/o puntual en investigaciones relacionadas con situaciones criminales complejas. En esta dirección, el catedrático en criminología de la universidad de Valencia afirmó que, *«antes de la creación de las Unidades de Análisis del Comportamiento Delictivo en España, colaboraba directamente con las instituciones policiales en la elaboración de perfiles criminales»*.

En relación con las otras dos perfiladoras independientes de Argentina y México que participan en este estudio, es relevante destacar que ambas expertas ofrecen asesoramiento en el ámbito de la Perfilación Criminal, abordando diversos tipos de delitos. Asimismo, colaboran de manera periódica con las fuerzas de seguridad y fiscalías en sus respectivos países de origen.

4.4.3. Establecimiento de equipos conjuntos integrados por perfiladores policiales y expertos independientes

En lo que respecta a la posibilidad de constituir unidades permanentes dedicadas al asesoramiento criminológico conductual, integradas por agentes policiales especializados en esta disciplina y personal externo, el jefe de la S.A.C.D argumentó *«que «sí que es necesaria la colaboración con el entorno universitario para la validación de las técnicas y realización de estudios, pero no para el trabajo con casos. Es un campo de actuación muy especializado, que exige dedicación permanente, algo que no tiene ningún perfilador independiente»*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, los dos agentes policiales de la S.A.C estimaron que *«los equipos multidisciplinarios son muy útiles, pero el equipo de perfiladores debe pertenecer al cuerpo y no recurrir a profesionales externos si no es imprescindible. Hay que tener en cuenta que la información que se maneja es sensible y confidencial, y la experiencia en casos reales y trabajo de campo es imprescindible. Partiendo de esta base, los equipos multidisciplinarios con investigadores son muy útiles»*.

En consonancia con este enfoque la perfiladora de la Policía Federal de Argentina especificó que, en su país, Argentina no ve factible dicha opción. Por otro lado, el Subcomisario de la Ertzaintza matizó que *«es viable, y de hecho se han realizado trabajos conjuntos, pero considero que lo ideal es implementar unidades policiales de investigadores expertos con formación en análisis de la conducta»*.

En contraposición, la perfiladora de la Policía de Santiago del Estero (Argentina) evaluó que la formación de equipos colaborativos, integrados por perfiladores policiales y expertos externos resulta posible. Del mismo modo, las dos perfiladoras independientes de Argentina y México, junto con el catedrático en criminología de la Universidad de Valencia y la Doctora en criminología de la Universidad Internacional de la Rioja consideraron esta alternativa como realizable.

4.4.4. Un modelo interdisciplinario que involucra la participación de especialistas no pertenecientes a las fuerzas de seguridad y perfiladores policiales.

Norza, Morales, Merchán y Meléndez (2013) sostienen que el perfilador criminal, debe incorporarse a equipos multidisciplinares, colaborando con otros especialistas de diversas áreas de conocimiento (Psiquiatría, Psicología, Criminología, etc.), uniendo esfuerzos para revisar con mayor precisión y rigurosidad todos los aspectos de un evento criminal.

Por consiguiente, se indagó con los participantes en este estudio la conveniencia de incorporar a las unidades policiales especializadas en el análisis del comportamiento delictivo, expertos no policiales provenientes de diversas ciencias, tales como forense, psicológica, criminológica, u otras ciencias, en función de la complejidad de los casos.

De ese modo, el jefe de la S.A.C.D consideró inapropiado que profesionales externos a la institución policial se involucren directamente en investigaciones criminales en curso. Sin embargo, enfatizó la importancia de que los miembros de estas unidades policiales especializadas posean la capacitación en el ámbito de la Perfilación Criminal. En concordancia con esta postura, los dos agentes policiales de la S.A.C tampoco vieron como oportuna la participación de personal externo en las investigaciones en curso.

Dentro de esta corriente de opinión, el subcomisario de la Ertzaintza matizó que *«si se ve necesario para la investigación por supuesto, pero cada vez hay más agentes con esos conocimientos, por lo que considero que se ha de utilizar aquellos que suman ambas circunstancias»*.

En otro sentido, la perfiladora de la Policía de Santiago del Estero (Argentina) mostró su apoyo a este enfoque de trabajo interdisciplinario, indicando *«ella misma es psicóloga y en su equipo de trabajo de PERFILACIÓN CRIMINAL cuentan con un antropólogo»*

Desde otro punto de vista, las dos perfiladoras independientes de Argentina y México, junto el catedrático en criminología de la Universidad de Valencia y la doctora en criminología de la Universidad Internacional de la Rioja contemplaron este sistema de trabajo interdisciplinar como viable para el asesoramiento conductual en el contexto de las investigaciones policiales.

V. Discusión y conclusiones

En lo concerniente a la utilidad y aplicabilidad policial de la Perfilación Criminal, los participantes en este estudio sostienen que, aunque esta disciplina se enfoque primordialmente en delitos violentos y graves contra personas, con autor desconocido, no es requisito indispensable la presencia de componentes sexuales y/o rituales en el hecho, ni que el agresor presente una psicopatología, para su implementación en la investigación de otras tipologías delictivas. Además, los participantes señalan que la Perfilación Criminal no se restringe a la criminalidad serial. Su aplicación es factible en otras categorías delictivas y sucesos criminales de episodio único, especialmente en contextos territoriales con baja incidencia de delincuencia serial.

Estos hallazgos subrayan versatilidad y validez de la Perfilación Criminal, así como su potencial para abordar diversas situaciones criminales, más allá de los delitos violentos típicamente asociados con su práctica. Ahora bien, alguno de los especialistas apuntó que, en casos de delitos no violentos, carentes de componentes sexuales o psicopatología en el agresor, elaborar un perfil, a excepción del aspecto geográfico, puede ser más complejo debido a la profesionalización del comportamiento del autor que deja menos rastros de sí mismo en la escena del crimen.

En relación con los marcos metodológicos más idóneos para la implementación de la Perfilación Criminal en el proceso de investigación policial, los hallazgos muestran un respaldo generalizado hacia la adopción de procedimientos integradores. Estos enfoques combinan los razonamientos inductivo y deductivo, incorporando los elementos más relevantes de cada escuela de Perfilación Criminal.

De acuerdo con las respuestas de los participantes en este estudio, se ha evidenciado que, a pesar de la diversidad de métodos empleados por ellos para elaborar perfiles de casos reales, existe una marcada preferencia por la corriente británica B.I.A. Varios encuestados la perciben como la metodología de Perfilación Criminal más integradora en la actualidad.

Siguiendo esta perspectiva, resulta destacable mencionar los descubrimientos de una investigación reciente llevada a cabo por Ruiz (2021) acerca de la utilización de la Perfilación Criminal en la policía autonómica catalana. La conclusión principal resalta la importancia de integrar y fusionar los aspectos más operativos de cada metodología para ajustarse a diversas situaciones delictivas.

Otro aspecto de interés que emergió en esta materia de estudio es la dificultad de implementar de manera uniforme los métodos modernos de Perfilación Criminal en países o áreas territoriales que presentan contextos culturales y socioeconómicos específicos. Esta consideración se deriva a partir de las percepciones de una de las participantes, quien afirmó que el enfoque B.I.A. no era aplicable en países con idiosincrasias

diferentes, como el caso de Argentina, que cuenta con diversas clases socioeconómicas. En este sentido, la experta mencionada informó que actualmente estaban trabajando en su país la determinación de perfiles propios para homicidas.

En línea con esta visión, Petherick et al. (2009) plantean dudas sobre la viabilidad de transferir los enfoques contemporáneos de Perfilación Criminal desarrollados en los Estados Unidos a naciones con diferentes contextos culturales y religiosos. Los mismos autores sostienen que las diferencias entre países son evidentes en varias facetas del ámbito criminal, como las tasas delictuales, la disponibilidad de armas y las diferencias victimológicas, entre otros. Así, Alison (2005) también argumenta que se debe actuar con cautela al aplicar modelos estadísticos de Perfilación Criminal en contextos culturales diferentes a los países donde originalmente se diseñaron estas metodologías.

En este escenario, es pertinente hacer referencia investigaciones recientes de alcance internacional que promueven la implementación de un procedimiento estandarizado y universal en la construcción de perfiles delictivos. Estos estudios analizan las ventajas y desventajas de diferentes métodos, sugiriendo la conveniencia de una práctica uniforme en las técnicas de Perfilación Criminal (Petherick y Brooks, 2020; Fox y Farrington, 2018).

En último término, observamos que los resultados del presente estudio apuntan que la técnica de Perfilación Criminal puede funcionar en cualquier incidente delictivo que demande el análisis e interpretación de evidencia conductual o psicológica reconocible en el escenario y las víctimas del crimen.

En todo caso, aún se requiere realizar investigaciones empíricas adicionales para evaluar científicamente no solo la precisión de los modelos de perfilación, sino también su utilidad operativa (Petherick et al., 2009; Soria et al., 2016). Aunque algunos autores sostienen que el éxito de un perfil depende más de la naturaleza de las conclusiones proporcionadas por los asesores de investigación conductual que del método utilizado para derivarlas (Alison, Smith, Eastman y Rainbow, 2003).

En cuanto al papel desempeñado por el I.N.V.P y el A.C.C, los participantes en este estudio coinciden en la percepción de que, aunque las funciones teóricamente están claramente definidas, en la práctica y en circunstancias específicas, pueden solaparse. Esto se debe a que ambas figuras profesionales trabajan en el ámbito de las deducciones sobre el agresor. En otras palabras, según lo señalado por Sotoca et al. (2009), todo I.N.V.P es un *«perfilador en potencia»*, aunque de manera más automatizada y sin adherirse a un método específico, a diferencia del asesor conductual.

En este marco, varios de los participantes destacan la importancia de comunicar con precisión al I.N.V.P. sobre el alcance de la intervención

del A.C.C., identificando este aspecto como clave para prevenir posibles controversias. Por ende, las respuestas en relación a este tema inciden en la necesidad de establecer un canal de comunicación constante, adecuado y fluido entre ambas figuras profesionales desde el inicio de la investigación con el fin de superar eventuales suspicacias y disfunciones.

Con base en los resultados obtenidos, se concluye que la tarea esencial del A.C.C es orientar la investigación al proponer líneas de investigación, descartar sospechosos o evaluar alternativas. Su función implica colaborar activamente con el I.N.V.P, facilitando de esta manera la toma de decisiones por parte de este último.

De acuerdo con la información recopilada se delinean al menos cuatro alternativas para la implementación del conjunto de técnicas de Perfilación Criminal en los cuerpos de seguridad.

La primera implica la contratación de especialistas externos a la institución policial, provenientes de los sectores privados y académicos. De este modo, se ha constatado que, en ciertos países de Latinoamérica, como Argentina y México, ante situaciones de casos criminales complejos y graves, tanto el sistema de Justicia Penal como los cuerpos policiales tienden a externalizar el asesoramiento criminológico conductual, confiándolo a especialistas, principalmente del ámbito de la psicología y la criminología.

La segunda posibilidad conlleva la creación de unidades conformadas exclusivamente por agentes policiales altamente capacitados en materia de Perfilación Criminal, dedicados de manera exclusiva y permanente a la función de asesoramiento conductual. Estos profesionales brindan apoyo y cobertura a las unidades investigadoras, especialmente en escenarios criminales complejos y graves con M.O inusuales, alta carga violenta, de naturaleza serial con componentes sexuales y rituales.

Estos departamentos policiales de Perfilación Criminal, suelen tener un carácter central dentro de la estructura territorial de las agencias de seguridad. A tal efecto, se ha comprobado, que alguno de los encuestados del ámbito policial respalda decididamente esta opción. En relación con esta cuestión, es relevante subrayar que es cada vez más frecuente que personas con formación básica en ciencias del comportamiento, como Psicología o Criminología, ingresen a la profesión policial.

En esta línea, Ruiz (2021) llevó a cabo una investigación sobre la viabilidad de la Perfilación Criminal en el cuerpo de los Mossos d'Esquadra. Los resultados revelaron que todos los agentes entrevistados coincidieron en que sería beneficioso iniciar una formación básica y transversal en este ámbito, dirigida a todos los miembros de las unidades investigadoras. Este paso se consideraba fundamental para la efectiva implementación de la técnica.

Conforme a las respuestas de alguno de los participantes, se ha observado que ambos sistemas secciones policiales especializadas y la externa-

lización de asesoramiento conductual) coexisten en la implementación de la Perfilación Criminal. Así, la Policía Federal de Argentina dispone de una unidad especializada específicamente en este campo. No obstante, esta estructura interna se complementa con la colaboración de expertos independientes en perfilación, como quedó demostrado en el caso de una de las participantes.

La tercera opción involucra la creación de equipos estables mixtos, compuestos por agentes policiales con formación y experiencia en ciencias del comportamiento, junto con perfiladores externos. Los resultados revelan opiniones divergentes respecto a este modelo, ya que cinco de los participantes argumentaron que esta idea no es posible debido a varios factores, incluidos la necesidad de una dedicación constante a esta función, la alta especialización del tema, el corporativismo de las organizaciones policiales y la gestión de información sensible y confidencial. En contraste, es importante destacar que otros cinco expertos encuestados consideraron viable esta opción.

En relación con este asunto, es relevante señalar de acuerdo con Ruiz (2021) que la manera más eficaz de incorporar la técnica de la Perfilación Criminal en la policía autonómica catalana, considerando sus capacidades actuales (recursos) y necesidades existentes, sería mediante la creación de una unidad central mixta integrada por agentes policiales especializados en la materia y profesionales externos, actuando en calidad de personal facultativo.

La cuarta posibilidad consiste en adoptar un esquema de trabajo interdisciplinar, permitiendo la integración de expertos externos no pertenecientes a los cuerpos de seguridad (como psicólogos forenses, criminólogos, patólogos, antropólogos, entre otros) dentro de los equipos policiales. Esta alianza entre profesionales busca enriquecer el proceso investigativo a través de una estrecha cooperación con los investigadores policiales, ajustándose a las necesidades específicas de cada caso.

En este nuevo paradigma de trabajo dentro del ámbito de la Perfilación Criminal, caracterizado por ser más pragmático y colaborativo, con la participación de académicos o psicólogos junto a investigadores criminales, se observa una diferencia notable respecto a los tres enfoques clásicos (clínico, estadístico y de investigación criminal) que tradicionalmente han definido la disciplina.

En este renovado enfoque, se prefiere emplear el término «asesores de investigación conductual» en lugar de «perfiladores», enfatizando su papel continuo a lo largo de todo el proceso de investigación criminal (Alison et al., 2010; Alison et al., 2011). Según Knabe-Nicol et al. (2011), la implementación de este modelo de cooperación entre diferentes campos científicos optimiza la eficacia en el análisis de casos. Esto se debe a que facilita el contraste de diversos puntos de vista, la consideración de múltiples alternativas y la evaluación exhaustiva de cada hipótesis.

Aunque esta concepción innovadora de Perfilación Criminal tuvo su origen en el Reino Unido, otros países como Alemania, Canadá, Países Bajos y Singapur han asumido sus principios y filosofía, instaurando roles de asesoramiento en investigación conductual, como el B.I.A en el Reino Unido y los Analistas de Casos Operativos (O.F.A por sus siglas en alemán, Operative Fall Analytiker) en Alemania, para respaldar las labores policiales (Alison et al., 2011).

Así, en el Reino Unido, la National Policing Improvement Agency (N.P.I.A) emplea a tiempo completo un equipo de asesores (BIAs) integrados en las plantillas policiales para proporcionar asesoramiento en la investigación del comportamiento delictivo a las fuerzas policiales británicas. En este abordaje interdisciplinario, es común asignar a la investigación policial no solo un B.I.A, sino también otros profesionales externos de diversas disciplinas, quienes son supervisados también por la N.P.I.A. Así, la selección de estos recursos externos se lleva a cabo teniendo en cuenta las particularidades y circunstancias específicas del caso correspondiente (Jiménez, 2012; Knabe-Nicol et al., 2011).

En Alemania, se implementó esta nueva forma Perfilación Criminal mediante la creación de los equipos O.F.A, en cada uno de los 16 Estados federados alemanes, en el año 1999, a través de la Oficina Federal de Investigación Criminal. La función del O.F.A se centra en respaldar conductualmente las investigaciones, detectando lagunas de información en el caso, mejorando la comprensión del delito, identificando nuevas líneas de investigación o reforzando las existentes, así como priorizando a los sospechosos (Knabe-Nicol et al., 2011).

Los equipos O.F.A son de dimensiones reducidas, conformados por entre 2 y 5 agentes policiales en activo, con la excepción de un psicólogo clínico y forense civil que se incorporó al equipo del estado federado de Baviera en el año 2009. Además de los analistas conductuales policiales, en el proceso de análisis del caso pueden participar expertos externos como patólogos, psicólogos forenses, etc. (Knabe-Nicol et al., 2011).

Aunque los resultados sugieren un consenso generalizado entre los participantes con respecto al valor del enfoque multidisciplinario descrito en los apartados anteriores, algunos de los entrevistados manifiestan reservas acerca de la idoneidad de que profesionales externos al ámbito policial proporcionen asesoramiento en criminología conductual durante investigaciones activas.

Como resultado, esta corriente de opinión argumenta que los consultores externos no deberían intervenir directamente en casos criminales en curso. Por ende, su aporte debería limitarse a la colaboración en proyectos de investigación aplicada, la validación de técnicas, el desarrollo de estudios, la formulación de estrategias de asesoramiento y la evaluación de datos, entre otros aspectos, según Soria et al. (2016).

Soria et al. (2016) sostienen que, a pesar de que la colaboración e interacción entre instituciones académicas y fuerzas policiales especializadas tienen una larga tradición en el mundo anglosajón, suscitan muchas reservas en otros países, principalmente en lo que respecta a la transmisión de información y su protección, justificado por razones legales.

Según Jiménez (2012), en armonía con esta visión, los cuerpos de seguridad no utilizan de forma sistemática los perfiles criminológicos o geográficos. Esto se atribuye a diversas razones, como la falta de colaboración con áreas académicas y profesionales externos a la institución policial para llevar a cabo investigaciones y análisis por parte de criminólogos, entre otros motivos.

En definitiva, es pertinente señalar que las iniciativas emprendidas por cuerpos de seguridad, del Reino Unido, Alemania o España, al introducir sistemas de trabajo integradores de Perfilación Criminal, reflejan una evolución en la forma de abordar las investigaciones criminales desde un punto de vista criminológico conductual.

En este contexto, es fundamental destacar que, si bien los resultados generales de este estudio muestran una predisposición favorable hacia estos enfoques integradores y multidisciplinarios de Perfilación Criminal, se observan opiniones divergentes en relación con la aplicación profesional del asesoramiento criminológico conductual. Especialmente, se evidencian discrepancias en lo concerniente a la distribución de funciones y colaboraciones entre profesionales policiales y aquellos provenientes de sectores privados y académicos.

Este estudio ha presentado ciertas limitaciones. En primer lugar, la muestra de 10 participantes podría considerarse insuficiente y no plenamente representativa, ya que no se logró obtener las opiniones de responsables de unidades de Perfilación Criminal pioneras en la implementación de metodologías integradoras como el Reino Unido, Alemania y Holanda entre otras. En segundo lugar, esta investigación se ha basado únicamente en las percepciones de expertos en ciencias del comportamiento criminal. No disponemos de información sobre si las valoraciones y opiniones de los investigadores policiales podrían diferir en ciertos aspectos de los abordados en nuestra muestra.

6. Bibliografía

- AINSWORTH, P. B. (2001). *Offender Profiling and Crime Analysis*. Willan Publishing.
- ALISON, L. (2005). *The Forensic psychologist's casebook: Psychological profiling and criminal investigation*. Willan.
- ALISON, L. y RAINBOW, L. (2011). *Professionalizing Offender Profiling*. Routledge.

- ALISON, L., GOODWILL, A., ALMOND, L., VAN DEN HEUVEL, C., y WINTER, J. (2010). Pragmatic solutions to offender profiling and behavioural investigative advice. *Legal and Criminological Psychology*, 5(1), 115–132. <https://doi.org/10.1348/135532509X463347>.
- ALISON, L., SMITH, M. D., EASTMAN, O., y RAINBOW, L. (2003). Toulmin's philosophy of argument and its relevance to offender profiling. *Psychology, Crime y Law*, 9(2), 173-183.
- CANTER, D. (1989). Offender profiles. *The Psychologist*, 2(1), 12–16.
- CANTER, D., y YOUNGS, D. (2008). Geographical offender profiling: applications and opportunities. En Canter, D. y Youngs, D. (Eds). *Applications of geographical offender profiling* (pp. 3-24).
- CHANCELLOR, A.S y GRAHAM, G.D (2017). *Crime scene staging: investigating suspect misdirection of the crime scene*. Charles C Thomas, Publisher, Ltd.
- CHISUM, W. J y TURVEY, B. E. (2011). *Reconstrucción del crimen*. Academic Press.
- CUERVO, A.L (2021). La perfilación criminal en México. El método M.I.I.A. En Cuervo, A.L y Vinagre, A.M (Eds.), *Criminología Aplicada* (pp.47-63). Bosch Editor.
- DAVIS, M., RAINBOW, L., FRITZON, K., WEST, A., y BROOKS, N. (2018). Behavioural investigative advice: A contemporary commentary on offender profiling activity. En A. Griffiths y R. Milne (Eds.), *The psychology of criminal investigation: From theory to practice* (pp. 187–206). Routledge.
- DOUGLAS, J. E., y DOUGLAS, L. K. (2006). Modus operandi and the signature aspects of violent crime. En J. E. Douglas, A. W. Burgess, A. G. Burgess, & R. K. Ressler (Eds.), *Crime classification manual: A standard system of investigating and classifying violent crimes* (2nd ed., pp. 19–30). Jossey-Bass/Wiley.
- DOUGLAS, J. E., BURGESS, A. W., BURGESS, A. G., RESSLER, R. K., y BURGESS, A. G. (2013). *Crime classification manual: A standard system for investigating and classifying violent crime*. ProQuest Ebook Central, <https://www-proquest-com.publicaciones.umh.es>
- DOUGLAS, J. E., RESSLER, R. K., BURGESS, A. W., y HARTMAN, C. R. (1986). Criminal profiling from crime scene analysis. *Behavioural Sciences and the Law*, 4(4), 401–421.
- FOX, B., y FARRINGTON, D. P. (2018). What have we learned from offender profiling? A systematic review and meta-analysis of 40 years of research. *Psychological Bulletin*, 144(12), 1247–1274. <https://doi.org/10.1037/bul0000170>
- GARRIDO, V (2020). *Nuevos perfiles criminales*. Editorial Ariel.

- GONZÁLEZ, J. L. (2015). La Psicología Criminalista en España: presente y futuro. *Papeles del psicólogo*, 36(2), 109-116.
- HAZELWOOD, R. R., y WARREN, J. I. (2003). Linkage analysis: Modus operandi, ritual, and signature in serial sexual crime. *Aggression and Violent Behaviour*, 8(6), 587-598.
- JANOSCH, H. y SOTO, J. E. (2019). Agresiones sexuales cometidas por desconocidos en España: algunas características del agresor y algunos aspectos interactivos del crimen. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), 273-287. <https://doi.org/10.5944/rdpc.19.2018.24417>
- JANOSCH, H., PÉREZ, F. y SOTO, J. E. (2021). Un modelo de perfilación para agresores sexuales desconocidos que agreden en las entradas de los edificios. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (24), 245-260. <https://doi.org/10.5944/rdpc.24.2020.28519>
- JIMÉNEZ, J. (2012). *Manual Práctico del perfil criminológico. Criminal Profiling*. Lex Nova.
- KEPPEL y BIRNES. (2008). *Serial Violence: Analysis of Modus Operandi and Signature Characteristics of Killers*. CRC Press.
- KNABE-NICOL, S., ALISON, L., y RAINBOW, L. (2011). The cognitive expertise of Behavioural Investigative Advisers in the UK and Germany. En L. Alison y L. Rainbow (Eds.), *Professionalizing Offender Profiling. Forensic and Investigative Psychology in Practice* (pp. 89-142). Routledge. ProQuest Ebook Central, <https://www-proquest-com.publicaciones.umh.es>.
- KOCSIS, R. N., y PALERMO, G. B. (2008). Contemporary problems in criminal profiling. En R. N. Kocsis (Ed.), *Criminal Profiling: Principles and Practice* (pp. 327-345). Humana Press.
- MCGRATH, M. G. (2000). Criminal profiling: ¿Is there a role for the forensic psychiatrist? *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*, 28, 315-324.
- NORZA, C., MORALES, Q., MERCHÁN, R. y MELÉNDEZ, C. (2013). Perfilación criminológica: una revisión de la literatura y su aplicación en la investigación criminal en Colombia. *Revista Criminalidad*, 55(3), 309-336.
- PETHERICK, W. A. (2003). Criminal profiling: ¿What's in a name? Comparing applied profiling methodologies. *Journal of Law and Social Challenges*, June, 173-188.
- PETHERICK, W., y BROOKS, N. (2020). Reframing criminal profiling: a guide for integrated practice. *Psychiatry, Psychology and Law*, 1-17.
- PETHERICK, W., TURVEY, B. E., y FERGUSON, C. E. (Eds.). (2009). *Forensic criminology*. Academic Press.
- RAINBOW, L. (2008). Taming the beast: The UK approach to the management of behavioural investigative advice. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 23(2), 90-97.

- RAINBOW, L., GREGORY, A., y ALISON, L. (2014). Behavioural investigative advice. En G. J. N. Bruinsma y D. L. Weisburd (Eds.), *Encyclopedia of criminology and criminal justice* (pp. 125–134). Springer
- RESSLER, R. (2010). *Dentro del monstruo: un intento de comprender a los asesinos en serie*. Ed. Aba Minus.
- ROSSMO, D. K., y SUMMERS, L. (2015). El Perfil Geográfico en la Investigación Criminal (Geographic Profiling in Criminal Investigations). *International E-journal of criminal sciences*, (9), 1-24.
- RUIZ, D. (2021). La viabilidad de la aplicación de la perfilación criminal en la policía catalana [Trabajo de Fin de Grado]. Universitat Autònoma de Barcelona.
- SNOOK, B., HAINES, A., TAYLOR, P. J., y BENNELL, C. (2007). Criminal Profiling Belief and Use: A Study of Canadian Police Officer Opinion. *Canadian Journal of Police and Security Services*, 5(3/4), 169-179.
- SORIA, M.A y ROMO, J. (2016). *Manual de perfilación criminal y análisis de conducta criminal*. Editorial Pearson.
- SOTO CASTRO, J. E. (2017). *Manual de investigación psicológica del delito*. Comercial Grupo ANAYA, SA.
- SOTOCÁ PLAZA, A. (2016). *Perfil criminológico del incendiario forestal: estudio empírico basado en la evidencia* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/27124>
- SOTOCÁ, A., GONZÁLEZ, J. L., y HALTY L. (2019). *Perfiles Criminales: Principios, técnicas y aplicaciones*. Síntesis.
- STRANO, S. (2004). A neural network applied to criminal psychological profiling: An Italian initiative. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(4), 495– 503.
- TORRES DELGADO, C. (2016). *Perfiles criminales. Un estudio de la conducta criminal de los asesinos en serie* [Tesis doctoral]. Universidad de Salamanca.
- TURVEY, B. E. (2012). *A history of criminal profiling. Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis*. Academic Press.
- VÁZQUEZ, C. y SOTO, C. (2019). El análisis geográfico del delito y los mapas de la delincuencia. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (9), 419–448. Recuperado de <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24567>

MUJERES CIS Y TRANSEXUALES QUE PRACTICAN SEXO DE PAGO: INVOLUCRACIÓN Y CONSECUENCIAS

Autores¹

Josep Maria Tamarit Sumalla

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat Oberta de Catalunya
y de la Universidad de Lleida

Antonia Linde Garcia

Profesora de Criminología-Universitat Oberta de Catalunya

Patricia Martín Escribano

Profesora colaboradora de Criminología-Universitat Oberta Catalunya

América Machado García

Criminóloga-investigadora independiente

Title: *Cisgender and transgender women engaged in paid sex: involvement and consequences*

Resumen: Este estudio, basado en la información obtenida mediante entrevistas a 76 mujeres que realizan o han realizado sexo de pago, ha abordado aspectos relacionados con las causas de su involucración, su identidad, la problemática del consumo de sustancias y las consecuen-

¹ El orden de los autores ha sido definido de acuerdo con el grado de experiencia investigadora previa en el campo abordado en el estudio, así como por la trayectoria y capacitación investigadora, y las responsabilidades asumidas en el desarrollo de la investigación. Josep M.ª Tamarit ha contribuido en el diseño de la investigación, en el marco teórico, así como en el análisis cualitativo del contenido de las entrevistas. Antonia Linde ha contribuido en el diseño de la investigación, en el análisis cualitativo del contenido de las entrevistas y en el análisis cuantitativo. Patricia Martín Escribano ha contribuido en la realización de las entrevistas y en la construcción y análisis de la base de datos. América Machado García ha contribuido en la realización de las entrevistas. Todos los autores han participado en la discusión y conclusión de los resultados obtenidos.

cias para su salud física y mental, así como la victimización que han experimentado con ocasión del ejercicio de la actividad. Tras un análisis cuantitativo y cualitativo de la información recolectada, se ha constatado la diversidad de vivencias experimentadas por las mujeres entrevistadas y el alcance y la profundidad de las consecuencias adversas que esta práctica tiene para la mayoría de ellas, destacando la problemática de las mujeres transexuales, en buena parte diversa de la del resto de mujeres tanto en relación con las circunstancias de iniciación como en las consecuencias.

Palabras clave: Prostitución, sexo transaccional, trabajo sexual, transexual, victimización.

Abstract: *This study, based on information obtained through interviews with 76 women who currently provide or have provided paid sexual services, has addressed aspects related to the causes of their involvement, their identity, issues of substance abuse, and the consequences for their physical and mental health, as well as the victimization they have experienced in the course of their activity. Following a quantitative and qualitative analysis of the collected information from the interviewed women, the study has confirmed the diversity of their experiences and the scope and depth of the adverse consequences this practice has for most of them, highlighting the unique challenges faced by transgender women, which differ significantly from those of other women both in terms of the circumstances of their initiation and the consequences.*

Keywords: *Prostitution, transaccional sex, sex work, transsexual, victimization.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Investigación previa. - 2.1. Causas para involucrarse. - 2.2. Identidad y estigma. - 2.3. Consecuencias y abuso de drogas. - 2.4. Transexuales. 2.5. - Victimización. - 3. Metodología. - 3.1. Objetivos. - 3.2. Fuentes de información y selección de la muestra. - 3.3. Descripción de la muestra. - 3.4. Procedimiento. - 3.5. Limitaciones. - 3.6. Cuestiones éticas. - 4. Resultados. - 4.1. Inicio de la actividad. - 4.2. Motivación. - 4.3. Desarrollo vital e identidad. - 4.4. Estigmatización y relación con el entorno. - 4.5. Drogas y salud. - 4.6. Victimización. - 4.7. Identidad sexual: diferencias entre mujeres cis y mujeres trans. - 4.8. Clientes. - 4.9. ¿Regulación o prohibición? - 5. Discusión. - 6. Conclusiones y recomendaciones de futura investigación. - 7. Bibliografía.

1. Introducción

Las circunstancias relacionadas con la involucración de mujeres en la práctica del sexo de pago, así como las consecuencias para las mismas, han despertado la atención de la criminología y de las ciencias sociales, aunque la investigación ha tenido que hacer frente a diversas dificultades, como el acceso a datos o la presión de un contexto social muy politizado. El estudio que aquí se presenta, basado en entrevistas a mujeres involu-

cradas en esta actividad, ha abordado varios aspectos de la problemática y la victimización que han experimentado, a partir del conocimiento previo proporcionado por la bibliografía especializada. En particular, se ha pretendido superar el deficiente conocimiento de las características de las mujeres transexuales que practican sexo de pago, indagando las diferencias existentes entre estas y las mujeres cis.

Desde el punto de vista conceptual, se ha optado por la expresión sexo de pago o las equivalentes sexo transaccional o servicios sexuales remunerados, con la voluntad de evitar las connotaciones ideológicas, morales o políticas habitualmente asociadas a los conceptos «prostitución» o «trabajo sexual». El lenguaje es un sistema de producción de significados que interviene en la construcción de identidades sociales (Reid y Anderson, 2009) y cualquier estudio sobre la realidad social aquí tratada debe tenerlo en cuenta desde el principio.

El trabajo empírico sobre la extensión y características de este fenómeno, a pesar de la amplitud de la bibliografía, ha sido escaso hasta hoy en España. La mayor parte de estudios están condicionados por preconcepciones políticas o morales, a menudo con gran carga emocional, como han destacado diversos autores (Kappler, 2012; Saiz-Echezarreta, 2019; López Riopedre, 2022; Pozo Cuevas, 2022; Tamarit y Montiel, 2023). Las propuestas político-criminales se expresan en la dicotomía entre el ideal abolicionista y las posiciones partidarias de la regulación del trabajo sexual (Maqueda, 2017; Lanau y Matolcsi, 2022). La débil o inexistente base empírica de muchas propuestas y argumentaciones es consecuencia, en buena parte, de la escasez de estudios y de la limitada recepción que ha tenido, incluso en ciertos entornos académicos, la investigación llevada a cabo en otros países.

El hecho de que en España el sexo de pago sea, en la práctica, una actividad tolerada, sin que se haya implantado un modelo abolicionista ni prohibicionista (Sobrino Garcés, 2024), aunque siga estando socialmente estigmatizada y no haya sido jurídicamente regulada, es un elemento diferencial respecto a otros países en que se ha desarrollado buena parte de la investigación publicada.

2. Investigación previa

Los estudios realizados hasta el momento, especialmente los publicados en inglés, han tratado una variada temática relacionada con las causas o los motivos por los que algunas mujeres se dedican al sexo de pago, la identidad, el consumo abusivo de drogas y alcohol, las consecuencias para la salud y el riesgo de victimización. Se resumen a continuación los estudios previos que han servido de base para el enfoque teórico de este trabajo.

2.1. Causas para involucrarse

La investigación ha señalado como causas para involucrarse en el sexo de pago la necesidad económica, la historia de abusos en la infancia, el comportamiento fugitivo (*runaway behavior*), la falta de hogar, las redes interpersonales y la adicción a las drogas, así como ciertos rasgos psicológicos, entre los cuales destaca el trastorno de personalidad antisocial (Brock, 1998; Brody et al., 2005). Algunos estudios han puesto de relieve la proximidad entre las referidas causas y las causas de la conducta delictiva, así como la relevancia de la edad en el desarrollo de una carrera (Footer et al., 2020), de un modo parecido a lo que sucede en las carreras delictivas (Sampson and Laub, 1993; Moffitt, 1993).

En un estudio con mujeres jóvenes en Montreal, Weber y otros (2004) hallaron que el principal factor predictor de la decisión de involucrarse en el sexo de pago era haber tenido una relación de pareja con una mujer, seguido de la falta de hogar y el consumo de sustancias. Los antecedentes de abuso sexual infantil, aunque presentes en una elevada proporción de mujeres, no resultaron ser un precursor directo de la involucración en la referida actividad, sino que la relación con ella está mediada por el comportamiento fugitivo (*runaway*).

La motivación se ha examinado de acuerdo con diversos modelos, como la vulnerabilidad o la exposición (desviación cultural, contactos interpersonales o asociación diferencial). Respecto al efecto de la influencia de terceros, un estudio de Raphael y Shapiro (2002) halló que un 32.5 % de las mujeres que ejercían en la calle tenía un miembro de su hogar que había practicado la misma actividad y un 71% manifestaba que había sido inducida por otra persona.

Un aspecto que tiene relevancia según algunos estudios es la edad de inicio. Cobbina y Oselin (2011) encontraron datos que indican la existencia de dos patrones distintos, según que la entrada se haya producido en la adolescencia o en la edad adulta. Entre las mujeres que se iniciaron en una edad temprana, predominaban motivaciones como escapar de situaciones abusivas, comportamiento desordenado (*runaway*), voluntad de ejercer control sobre sus vidas, la presencia de una figura masculina que les permite salir de casa, un entorno de normalización de esta práctica o el ansia de conseguir cierto estatus (en lo que influye la imagen glamurosa del trabajo sexual). En las mujeres que se iniciaron una vez se encontraban ya plenamente en la edad adulta tenían mayor relevancia otros motivos, como la necesidad de financiar la adicción a las drogas (así, en un 65% de casos en el estudio citado), o presentaban mayores barreras morales y rasgos propios del sexo de supervivencia (*survival sex*). A diferencia de estas, las mujeres que se iniciaron en la adolescencia mostraban una tendencia a mantenerse más tiempo en la actividad, lo cual indica un mayor arraigo de la carrera profesional o de la identidad asumida e incide en una exacerbación de las consecuencias negativas de la actividad.

En relación con las mujeres que han entrado en el sexo de pago como víctimas de tráfico o explotación, algunos estudios han revelado que predominan los medios sutiles de reclutamiento, de modo que los reclutadores utilizan más la manipulación o el engaño que la violencia (Kragten-Heerdink et al., 2023). Es frecuente que se aprovechen de las vulnerabilidades y se sirvan de otras personas que se ganan la confianza de la víctima. En muchas ocasiones son personas conocidas, se promete un buen trabajo o educación en el extranjero o incluso se finge una relación amorosa con la mujer reclutada.

En España, Vasilescu (2017) ha indagado sobre los motivos para involucrarse en el sexo de pago mediante entrevistas a cuatro mujeres de origen extranjero, entre 20 y 30 años de edad, que ejercían su actividad en un club. Entre ellos, aparece la voluntad de mejorar la situación económica y la presencia de una pareja o «lover boy». Pese a que en gran medida habían sido víctimas de trata de personas, al menos inicialmente, la autora se esfuerza por destacar que conocían la actividad que venían a ejercer y por desvincular los motivos de la entrada con los de la permanencia, destacando entre estos la obtención de dinero que les ha permitido mejorar su situación económica.

2.2. *Identidad y estigma*

En lo que concierne a la identidad, diversos estudios han puesto de manifiesto la importancia del estigma de prostituta, que es interiorizado por las mujeres que ejercen el sexo de pago (Sanders, 2007). Estas muestras gran parte de las características de las personas estigmatizadas descritas por Goffman (1963), como la ambivalencia reflejada en el esfuerzo que realizan por definirse a la vez como normales y estigmatizadas, y la adopción de códigos y estrategias dirigidas al manejo del estigma. El estigma está en la base de la conformación de la identidad de prostituta (Hayes, 2010). Las personas calificadas como prostitutas son rechazadas socialmente porque son percibidas como seres corrompidos y como foco de peligro. En la construcción de su identidad social desviada, las mujeres pueden responder al estigma desarrollando diversos discursos: el de víctimas, el de personas antisociales o delincuentes o el de personas apoderadas, ya sea como mujeres de negocios o como activistas feministas (Lake, 2013).

Phoenix (2000), en un estudio basado en entrevistas, ha revelado la naturaleza paradójica de las narrativas de las mujeres, en las que coexiste un discurso que explica la prostitución como una estrategia de supervivencia con un discurso que refleja una identidad construida en torno a la victimización. Esta autora encontró la identidad de víctima enraizada en casi todas las mujeres entrevistadas, que relataban experiencias de victimización y se veían como dependientes e incapaces de ejercer control

sobre sus vidas, al tiempo que mostraban capacidad de agencia. Por ello concluía que, pese al peso que la falta de recursos, el aislamiento social, la explotación y la victimización tienen en las personas dedicadas al sexo de pago, no puede negarse su capacidad de acción a la hora de comprender las razones de su mantenimiento en la actividad.

En una visión anti-abolicionista, Solano Ramírez (2012) ha criticado el discurso que construye a las personas que ejercen el sexo de pago como víctimas de trata, como mujeres engañadas sin capacidad de agencia, en un contexto social que limita las opciones disponibles para las mujeres sin estudios. Según la autora, la representación de la mujer prostituta está en gran medida asociada a la imagen de la mujer inmigrante sometida, en oposición a la imagen de mujer liberada del mundo desarrollado. En esta línea, Del Olmo (2021), a partir de entrevistas a mujeres dedicadas a esta actividad, ha expuesto un perfil de estas que tiene como elemento central la motivación por obtener dinero y el desarrollo de estrategias dirigidas a conseguir el máximo con el mínimo tiempo y esfuerzo. Las entrevistas muestran estrategias de elección de clientes, de seducción y de negación, en las que las mujeres tienen capacidad de decisión respecto al dónde, al cuándo y al cómo.

2.3. *Consecuencias y abuso de drogas*

La investigación basada en información recogida de mujeres dedicadas al sexo de pago, especialmente aquella centrada en las que ejercen su actividad en la calle, ha puesto de relieve las consecuencias negativas derivadas de la acumulación de experiencias adversas, como niveles elevados de agotamiento mental (Vanwesenbeeck, 2005), ruptura de relaciones familiares e íntimas, en gran medida derivada del estigma e intensificación de la adicción a las drogas, además de detenciones y encarcelamientos (Cobbina y Oselin, 2011). Se ha hallado que los problemas de salud, drogas y victimización violenta tienen incluso como efecto una mortalidad prematura (Potterat et al., 2004). Además, la investigación psicológica ha revelado la relevancia que tiene la disociación cognitiva como mecanismo de defensa ante las consecuencias psíquicas del ejercicio de la actividad y de la reacción social ante la misma (Pereda, 2014).

Existe amplia evidencia sobre la asociación entre consumo abusivo de sustancias y ejercicio del sexo de pago y de la bi-direccionalidad entre ambos fenómenos. La adicción a las drogas es un factor de riesgo de involucrarse en la actividad y esta constituye a su vez un factor de riesgo de desarrollar adicción o de agravamiento de sus efectos. Según Kurtz (2004), un 87% de las prestadoras de servicios sexuales de pago consumía drogas mientras practicaba sexo y un 77,9% de ellas había consumido crack en el último mes. Dalla y Xia (2003) reveló los graves efectos de

la epidemia del crack en los noventa en los EUA en este colectivo, lo cual redundó en un mayor riesgo de victimización.

2.4. *Transexuales*

La investigación sobre mujeres transexuales dedicadas al sexo de pago ha sido muy escasa. La evidencia existente indica que una parte importante de ellas ha practicado sexo remunerado (Fernández y García-Vega, 2014) y que existen elementos que muestran un perfil diferenciado respecto a las mujeres cis, que se manifiesta en aspectos como una mayor satisfacción obtenida en la práctica de estos servicios (Weinberg et al., 1999) o una motivación vinculada a las dificultades para acceder al mercado laboral convencional o a la voluntad de financiar su transformación sexual (Leichtentritt y Davidson-Arad, 2004). En un estudio basado en una muestra de personas detenidas por practicar sexo de pago en la calle en Baltimore (EUA), Baily-Kloch y Shdaimah (2015) hallaron diferencias significativas entre mujeres trans y mujeres cis respecto a su historia de salud mental y al consumo de sustancias, con una puntuación menor entre las mujeres trans en ambos problemas. Tras un análisis cualitativo de las entrevistas a unas y otras, estos autores concluyeron que las mujeres trans optaban por ofrecer sexo remunerado como consecuencia de la discriminación que padecían en el acceso a trabajo y a alojamiento. Otros estudios han abordado la cuestión del estigma. Así, Oliveira (2018), en Portugal, ha señalado que las mujeres trans, como sucede también con los hombres, deben hacer frente a un doble e incluso a un triple estigma, a causa de la desviación percibida de su orientación o su identidad sexual, lo cual genera una doble problemática: la internalización del estigma y el mayor riesgo de victimización.

2.5. *Victimización*

La investigación victimológica ha examinado si entre las causas que explican la disponibilidad de ciertas personas a ofrecer servicios sexuales remunerados está el hecho de haber experimentado victimización, particularmente en la infancia y en la adolescencia. Además de la ya citada revisión de Krisch y otros (2019) y de los ya clásicos estudios de Farley (2014) o la revisión de Pereda (2014), cabe tener en cuenta los hallazgos de Svedin y Priebe (2007) en Suecia, quienes encontraron que la mayoría de jóvenes involucrados en sexo transaccional (el 62%) habían experimentado abuso sexual antes de vender sexo, aunque no han faltado estudios que han obtenido resultados de signo contrario, como el de Lavoie et al. (2010) en Canadá. Uno de los ámbitos de victimización es el relativo a la violencia en relaciones de pareja, con estudios que muestran una asociación significativa entre esta y la oferta de servicios sexuales remu-

nerados, aunque destacan la necesidad de tener en cuenta la variedad de factores que influyen en la decisión de involucrarse en prácticas de sexo transaccional (Felding-Miller y Dunkle, 2017).

Por otra parte, hay estudios que han mostrado, en otros países, el riesgo de violencia y violencia sexual que sufren las personas que ejercen sexo de pago. Kurtz y otros (2004), en un estudio llevado a cabo en Miami (EUA), revelaron que más de la mitad de las personas encuestadas había padecido violencia física en encuentros sexuales en el pasado año. En cuanto a la etnia, las mujeres blancas resultaron más victimizadas que las negras y la victimización no estaba condicionada por los años de experiencia, ni por el precio, pero sí por el hecho de haber tenido más clientes, por la disposición a realizar actos sexuales no tradicionales, concertar las citas en la calle, practicar la actividad en un coche, ser llevadas a un lugar desconocido o drogarse durante la actividad.

En España cabe destacar el estudio pionero de Barberet (1996), basado en entrevistas a 24 trabajadoras sexuales en Sevilla y Málaga, que revelaron experiencias de violencia, violaciones o atentados contra la propiedad, que en su mayor parte no denunciaron.

Estudios posteriores, también basados en entrevistas, han aportado conocimiento respecto a las condiciones adversas en que las trabajadoras sexuales ejercen su actividad. Destacan especialmente los relacionados con el impacto de las ordenanzas municipales y normas de carácter prohibicionista en este colectivo, que destacan aspectos como la estigmatización, el control policial o las conductas de algunos clientes (Vartabedian, 2011; Villacampa y Torres, 2013; Barcons, 2018; Cruz y Maldonado-Guzmán, 2022; López-Riopedre, 2016). Sin embargo, han faltado estudios orientados a conocer la victimización derivada de conductas violentas cometidas por parte de clientes, proxenetas o policía o en sus relaciones íntimas.

3. Metodología

3.1. *Objetivos*

Este estudio tiene como objetivo describir las características de una muestra de mujeres que realizan sexo de pago, en concreto las circunstancias en que se han involucrado en esta actividad, la problemática relacionada con su ejercicio y la victimización experimentada, con el fin de analizar estas cuestiones a partir del conocimiento previo proporcionado por la bibliografía especializada. De modo más específico, se pretende superar el deficiente conocimiento de las particularidades de las mujeres transexuales que practican el sexo de pago, indagando las diferencias existentes entre estas y las mujeres cis.

3.2. Fuentes de información y selección de la muestra

La información se ha obtenido a partir de entrevistas a 76 mujeres (de las cuales, 26 transexuales) que han prestado o prestan servicios sexuales remunerados en Barcelona y otras dos ciudades catalanas. Al tratarse de un colectivo de difícil acceso se ha realizado un muestreo no probabilístico mediante la técnica de conveniencia y de bola de nieve.

Para la selección de la muestra, en un primer momento se ha contactado con las participantes acudiendo presencialmente a diversos lugares en que se ofrecen esta clase de servicios —calle, clubes y pisos—. También se ha contactado telefónicamente a través de los espacios web en que se anuncian servicios sexuales remunerados. Tras las primeras entrevistas, las participantes han facilitado el contacto con otras mujeres interesadas en participar en la investigación. La participación de las mujeres entrevistadas ha sido voluntaria y no remunerada.

Las entrevistas se han realizado entre febrero de 2022 y noviembre de 2023 y han sido efectuadas por dos miembros del equipo de investigación con formación criminológica y experiencia de trabajo en una organización dedicada a prestar apoyo a las necesidades de personas en entornos de prostitución. Este conocimiento previo les ha permitido realizar una selección de las mujeres interesadas en participar en el estudio, descartando aquellas que se ha considerado que no estaban preparadas emocionalmente para llevarlo a cabo o que podían encontrarse en situaciones de trata o de explotación sexual que pudieran afectar a la sinceridad en las respuestas.

Las entrevistas se han realizado mediante una encuesta semiestructurada, utilizando un instrumento ad hoc, con 34 preguntas estructuradas en cuatro bloques: datos sociodemográficos (10 preguntas), sobre la actividad (15 preguntas), sobre las consecuencias y problemática asociada a su ejercicio (6 preguntas) y sobre el entorno en que se desarrolla (3 preguntas). Las entrevistas se han llevado casi en su totalidad de manera presencial en el mismo entorno en que las mujeres llevaban a cabo su actividad o en lugares públicos como cafeterías o parques para asegurar un espacio de seguridad y protección. Solamente una entrevista se ha realizado telefónicamente. La duración de las entrevistas ha sido entre 25 y 60 minutos. Las entrevistas no han sido grabadas, sino que las respuestas han sido recogidas por escrito por las mismas entrevistadoras.

3.3. Descripción de la muestra

La muestra final ha estado integrada por 76 participantes: 55, 26% de Barcelona y el resto de las otras dos ciudades. Todas ellas eran mujeres, 26 de las cuales transexuales (34, 2%), con edades comprendidas entre 25

y 63 años y una media de edad de 46 años. La mayoría (84,2%) eran de origen extranjero, siendo sólo un 15,8% españolas de origen. Entre aquellas, eran minoría (15,8) las que se encontraban administrativamente en situación irregular. En su mayoría (75,3%), las mujeres entrevistadas tenían al menos estudios secundarios. Entre estas, un 20% había completado el bachillerato y un 10,7% tenía educación universitaria. La mayoría de las informantes (84,2%) han tenido alguna experiencia laboral, 38 de ellas (un 50%) con contrato. En su mayor parte eran solteras (65,8%) y más de la mitad (52,6%) tienen hijos, que dependen de ellas en un 36,8% de casos.

La mayoría de las entrevistadas (54) ejerce o ha ejercido la actividad en pisos, un total de 33 la práctica o la ha practicado en la calle y 16 en clubes. Es común que, a lo largo de los años, las mujeres ejerzan en varios de estos espacios, ya sea consecutivamente o de modo simultáneo. La opción por ejercer en uno u otro espacio está condicionada, entre otros factores, por la localidad o la zona donde llevan a cabo su actividad, pues en algunas de las ciudades en que se ha realizado el estudio no se suele ejercer en espacios públicos o es una realidad muy residual.

Según la observación previa efectuada por las investigadoras que han llevado a cabo las entrevistas, la diferencia entre clubs y pisos radica en que, en los primeros, la mujer paga una cantidad diaria para poder ejercer su actividad – alrededor de 70-80 € diarios-, mientras que en los pisos hay dos modalidades: pago de un porcentaje por cada servicio prestado (en general, en torno a un 50%) o pago de una cantidad semanal en concepto de plaza o habitación. La primera modalidad suele implicar disponibilidad las 24 horas y gestión de los anuncios y los acuerdos con los clientes por parte de la persona responsable del piso. En la segunda modalidad, la mujer paga semanalmente el importe acordado y ella gestiona su actividad. El ejercicio en la calle puede variar según el lugar y en función de si la mujer es autónoma, depende de un proxeneta o está inmersa en una red de trata. En ciertas zonas, como en algunas de carretera, la mujer tiene que pagar para poder ofrecer sus servicios en un determinado sitio.

3.4. *Procedimiento*

Para el análisis y la posterior extracción de los resultados se ha creado una base de datos coincidente con la plantilla utilizada en el trabajo de campo en el programa informático SPSS para las variables categóricas. El análisis descriptivo univariante de las variables categóricas se ha centrado en las frecuencias absolutas y relativas de las variables siguientes: localización, género, edad, años en la actividad, origen, nivel educativo, experiencia laboral, estado civil, número de hijos, lugares de

ejercicio de la actividad, situación administrativa (en caso de las extranjeras). El análisis bivalente ha buscado asociaciones entre variables que se han considerado previamente relacionadas, como el ejercicio en clubs y en la calle, número de hijos, consumo de drogas y problemas de salud y enfermedades de transmisión sexual. –tablas de contingencia para variables cualitativas y correlaciones para variables cuantitativas-. En los casos en que se ha encontrado relación estadística entre las mismas, se ha realizado la prueba de chi-cuadrado para determinar el sentido y el grado de relación.

Además del análisis cuantitativo se ha llevado a cabo un análisis de carácter cualitativo de la información obtenida mediante las entrevistas. Para ello, una vez efectuada la transcripción de su contenido, se ha estructurado según los siguientes temas: inicio en la actividad, desarrollo vital, identidad, percepción de la actividad, abandono de la actividad, victimización, consumo de sustancias y relación con los clientes. Respecto a cada uno de los temas mencionados, se han recogido los elementos expresivos de las experiencias y percepción de las informantes, con especial atención a aquellos que han permitido identificar pautas características de las mujeres cis y de las mujeres trans, y se han extraído fragmentos literales relacionados con los datos aportados por el análisis cuantitativo.

3.5. Limitaciones

La muestra de 76 casos se puede considerar escasa a los efectos de un análisis cuantitativo, pero es necesario tener en cuenta que se trata de un colectivo de muy difícil acceso y la información obtenida ha permitido un análisis cualitativo que ha aportado elementos de gran valor para el avance del conocimiento de una cuestión con un importante impacto en las políticas sociales y la práctica profesional.

3.6. Cuestiones éticas

El estudio ha sido aprobado por el Comité de ética de la Universitat Oberta de Catalunya y se ha basado en los siguientes criterios: a) Confidencialidad: toda la información obtenida ha sido para uso exclusivo en este estudio y se han seguido las instrucciones del Comité para garantizar la preservación de los datos; b) Anonimato: no se han recogido datos personales de las informantes; c) Consentimiento informado: las personas participantes han manifestado de modo expreso su consentimiento después de haber sido informadas por las entrevistadoras de los objetivos y el procedimiento del estudio.

4. Resultados

4.1. Inicio de la actividad

En relación con el tiempo que llevaban las mujeres practicando la actividad, las respuestas han mostrado una gran dispersión, desde 1 a 48 años, con una media de permanencia en la misma de 16 años. La edad media de inicio en el sexo de pago fue a los 26 años.

Una amplia mayoría de informantes (89,4%) ha manifestado que en su decisión de iniciarse en el sexo de pago influyó alguna persona: una amiga o conocida previamente en contacto con el entorno del sexo de pago (61,8%), su pareja o *loverboy* (17,1%) o un familiar (10,5%). Entre estos últimos, han mencionado a la madre, el padre, un hermano o una hermana. En el resto de casos, se ha indicado que la entrada se produce a través de un anuncio.

Fue mi novio en aquel momento, yo tenía 15 años (ID49).

Una amiga mucho mayor que yo, que era vecina de mi escalera en Colombia. Me casé con 16 años y tuve a mi hija con 17 años. Mi madre me obligó a casarme (mi marido era 9 años mayor que yo) por pensar que había tenido relaciones con él. Mi padre iba de prostitución (ID27).

Fue a través de un anuncio de masajes; cuando llamo me dijeron que era con final feliz (ID9).

Su situación económica al momento del inicio era baja en un 71,1% casos, media en un 26,3% y alta en sólo un 2,6%. Pese a ser en su gran mayoría de origen extranjero, sólo un 37,5% de las mujeres entrevistadas indicaron que habían ejercido el sexo de pago en otro país y un 28,9% que habían venido a España con la finalidad de practicar esta actividad.

4.2. Motivación

Tal como se ha recogido en los estudios previos, los motivos para involucrarse en sexo de pago pueden ser múltiples. La encuesta ha permitido recoger información cuantitativa sobre algunos de ellos tras preguntar a las participantes cuál fue el motivo o motivos para empezar a realizar esta actividad.

Un 84% de ellas señaló que fue por falta de recursos económicos, un 62,7% por falta de oportunidades laborales, un 30,7% a causa de su situación administrativa irregular y un 25,5% declaró que se inició como consecuencia de un engaño por parte de otra persona. Las informantes que manifestaron haber sido víctimas de una red de explotación o trata fueron un 30,3%.

La situación económica fue descrita por algunas con ciertos detalles:

Desastrosa, Acababa de fallecer mi marido, tenía dos hijos a cargo, el niño pequeño de 3 años (ID12)

Me encontraba muy mal, me quedé viuda con tres hijos en ese momento. No podía mantenerlos (D56).

Estaba divorciada y mi exmarido me pasaba lo mínimo. Empecé a limpiar casas, pero no me llegaba, estaba sufriendo mucho (ID58).

Algunos relatos relacionados con situaciones de prostitución forzada o explotación aluden a la existencia de una deuda:

Me obligaron a trabajar en un piso, yo no quería pero me recordaban que tenía la deuda. La deuda siempre crecía (ID10).

Las mujeres que relatan haber sido engañadas también se refieren a la deuda o al papel que desempeñaron ciertas personas próximas, entre las que se encuentra a menudo su pareja o alguien que ellas identifican como tal.

Vine engañada con una deuda de 6200€. Fue a través de una 'amiga' que me dijo que podría tener más oportunidades y ganar más dinero que en Brasil, pero no sabía que era prostitución (ID10).

Conocí a mi expareja en España (...). Me dijo que fuera que tenía una empresa y cuando llegué me engañó y era para prostituirme. Me quitó el pasaporte y el teléfono y yo no veía el dinero. Al final me escapé, pero tenía miedo de denunciar, no tenía papeles (ID19).

Me engañó mi hermano, me dijo de ir a trabajar a un hotel y me quitó la documentación y me obligaba a prostituirme y me quitaba el dinero (ID21).

La necesidad y por eso buscas contactos para viajar a Europa, pero para limpiar o cuidar a personas mayores. Vine engañada, me dijeron que cuidaría a personas mayores y cuando llegué me vistieron de puta y me vendieron (ID46).

Las respuestas de muchas informantes muestran una diversidad de motivos y el peso que en su decisión de ejercer ha tenido la búsqueda de una vía para huir de una situación adversa (como sufrir violencia en la familia o en la pareja) y la influencia de otras personas, pese a no haber sido una decisión derivada directamente de violencia, abuso o engaño.

Mi situación y mi pareja: nos iba mal y, según él, no teníamos otra opción de dinero más que yo trabajara (era mentira) (ID42).

La vida de violencia que me ofrecía mi familia, huir de los malos tratos y los abusos (ID38).

Mi novio, estaba enamorada y mi familia me vendió a él. Me casé y empezó mi pesadilla (ID63).

Algunos relatos muestran una iniciación gradual a partir de la atracción por el dinero u otras circunstancias:

Quería dinero para tener mis caprichos y demostrar a mi madre que era mejor que ella (...). Yo misma investigo en webs y comienzo a contactar con hombres, pero para amistad, citas y luego encuentros sexuales por los que acabo cobrando. Y llegué a España para buscar una mejor vida, estudiar y trabajar, pero ganaba más con la prostitución que trabajando en la hostelería (ID34).

Un 48% manifestó que en la decisión influyó una situación de dependencia familiar:

Porque mis hijos dependían de mí, por dinero y no había nadie que me pudiera ayudar. Mis suegros me echaron de donde vivía, yo vendía ropa con ellos en el mercado y me echaron de todo (ID56).

Las que indicaron motivos relacionados con experiencias de ocio representan un 18,4%.

Al salir de noche con las amigas, la diversión, experimentar con hombres... (ID28)

Pegarme la fiesta y pasarlo bien, ganar dinero sin horarios. Ahora me arrepiento. (ID45)

Por diversión, salíamos con amigas y si ligábamos les sacábamos hasta el último duro. Yo vine a España porque sabía que se trabajaba en la calle, no me importó nada.(ID 62).

En el mundo de la noche —amigas, amigos, parejas— , en fiestas, como diversión, me gustaba (ID24).

4.3. *Desarrollo vital e identidad*

Las informantes suministraron información respecto a cómo la práctica del sexo de pago ha impactado en su desarrollo vital, su identidad, su estatus y su relación con el entorno social. Un 58,7% ha manifestado haber tenido oportunidades laborales ajenas al sexo de pago, aunque muchas lamentan la precariedad de las alternativas o la imposibilidad de mantener el nivel de ingresos alcanzado con la prestación de servicios sexuales.

Algunas respuestas han aportado detalles que revelan cómo el mantenimiento en el entorno de prostitución ha modelado su identidad y su trayectoria vital y la relación entre estos aspectos y el estigma:

Te cambia la persona, tanto física como mentalmente de manera negativa. No tienes vida, ni intimidad (ID9).

Te quedas tocada psicológicamente para toda la vida, te sientes sucia, no se te va el olor... es un mundo oscuro (ID12).

¿Crees que soy algo? Sigo siendo pero lo que los demás han querido, yo no sé quien soy (ID65)

El 89,3% de entrevistadas manifestó haberse planteado dejar la actividad en algún momento. Varias respuestas revelan sentimientos de adicción, la relevancia del dinero y la dificultad de las alternativas.

Un millón y medio de veces, pero no he podido, la prostitución te atrapa (ID18).

Por dinero y te atrapa. La prostitución es una adicción, pasas de la pobreza a la vanidad. Es un mundo que te atrapa, la prostitución te permite pasar de un mundo tercermundista a un primer mundo. Dependiendo del círculo en que estés, el círculo se convierte en más vicioso y más esclavo (ID20).

El dinero y que no sé hacer otra cosa, soy casi analfabeta, no tengo estudios ni formación, aunque me lo han ofrecido y solo en ocasiones he realizado cursos pero de empresa (ID31).

Sí, pero no tengo oportunidades laborales, formación y necesito dinero (ID41).

Sí, muchas, pero tengo que dar dinero a mi familia, a mi chulo a mi hijo, para que coman y para pagar mis deudas, además para que no les hagan daño (ID42).

Un 71,1% de las informantes ha indicado que dejaron la actividad y luego volvieron a ejercer.

Porque vino mi familia y no quería que se enteraran. El dejarlo te genera más deudas de las que ya tienes, te obliga a volver, porque con un trabajo normal no puedes afrontar las deudas, la prostitución te genera continuamente deudas (ID7).

He intentado muchas veces pero siempre acabo volviendo, no tengo muchas más salidas a la falta de dinero (ID25).

Supervivencia, cuando la vida no te ofrece nada más, además esto no es fácil de dejar (ID32).

No, necesito dinero, no tengo oportunidades laborales, me prostituyeron, se quedaron mi dinero y mi dignidad, ahora me prostituyo para mi (ID42).

A la pregunta de si aconsejarían a otras mujeres dedicarse a esta actividad, una amplia mayoría (69,9%) de mujeres respondió negativamente, con argumentos que incidían en el sentimiento de dependencia y reflejaban las experiencias negativas sufridas.

No, porque es una mierda, es un mundo que te absorbe, te atrapa, es difícil salir, es oscuro y triste (ID7).

Es un mundo duro, te metes en un pozo que no puedes salir. Es un mundo que te absorbe, que te quedas 'loca'. La prostitución es una cueva a oscuras (ID11).

Algunas de las que respondieron afirmativamente han destacado aspectos positivos de su experiencia.

Si, pues no es tan malo y tienes tu propio dinero rápido y sin preguntas (ID 60).

Sin embargo, una gran mayoría de entrevistadas (94,6%) ve el sexo de pago sólo como una opción de supervivencia, no como algo a lo que puedan dedicarse de modo permanente.

Al ser preguntadas sobre su bienestar y si se sentían realizadas con su actividad, fue aún mayor el porcentaje de informantes que dio una respuesta negativa (85,9%). Se analizó si el malestar estaba relacionado con las circunstancias del inicio de la actividad, pero no se hallaron resultados estadísticamente significativos.

Muchas de las informantes se manifestaron en términos duros acerca de su autopercepción y expresaron sentimientos de asco, que algunas relacionaban con el dinero o con la percepción del entorno social.

Me siento sucia, me arrepiento. Quiero hasta cambiar de nombre, como empezar de cero y dejar esto (ID25).

A veces me siento una cochina, sucia. Sientes el ph del hombre y el olor te queda penetrado (ID52).

Te afecta emocionalmente: sucia, baja autoestima, que no vales nada porque eres incapaz de tener un trabajo normal, te obliga a ser fuerte. Me gustaría poder ser como otras mujeres normales (ID7).

Te excluye de la sociedad, no eres bien vista. A nivel profesional estas desvaluada, moralmente te destruye como persona (ID16).

Por supuesto, degradan tu cuerpo y tu mente, baja autoestima, pérdida de la noción del tiempo, pérdida de capacidades personales. (ID24)

Las respuestas de las mujeres reflejaron percepciones diversas respecto a la dicotomía entre una identidad basada en la victimización y una autoimagen de persona que lucha por ejercer el poder en la práctica de su actividad:

Es una porquería, somos como el trapo que se utiliza y se tira, muchos nos tratan como objetos para su satisfacción (ID19).

(...) cuando empecé me trataban bien (yo soy una mujer maltratada por mi exmarido) y pase a tener dinero. Cuando me divorcé me quede sola y en la prostitución he encontrado amigos (clientes) (ID58).

Otro aspecto en el que se han recogido respuestas ambivalentes es en la relación con el dinero, que es destacado por casi todas las participantes como el aspecto más positivo de su actividad, pero a la vez es percibido por algunas de ellas como lo que les atrapa y las degrada.

Si. Porque se gana más dinero que en otros trabajos (ID1).

Mucho dinero, rápido y yo elijo (ID71).

Dinero rápido envenenado (ID31).

4.4. Estigmatización y relación con el entorno

Se ha indagado acerca de cómo las participantes sentían que eran percibidas por el entorno social. Un 61,8% de ellas manifestó que la actividad que ejercían no está socialmente aceptada y normalizada y que sentían el rechazo de la sociedad.

Sí, exclusión, rechazo, desprecios (ID37).

Sí, hay muchas personas que me tratan como que trabajo de puta (ID50).

Sí, la mayoría de la gente te mira y te trata diferente. (ID53)

Algunas expresaban las paradojas y contradicciones de las actitudes de su entorno:

Sí, mi familia me ignora, se avergüenza de mi, pero me piden dinero, ¿es gracioso, no?(ID73)

4.5. Drogas y salud

Una mayoría de participantes (67,1%) informó que había consumido drogas como algo relacionado con su actividad. Las respuestas han reflejado los diversos factores que inciden en la relación entre abuso de sustancias y prestación de sexo de pago: la inducción a consumir por parte de algunos clientes, el incentivo de obtener ingresos más elevados si aceptan hacerlo en su contacto con los clientes y el recurso a las drogas o al alcohol como mecanismo de huida o de manejo del daño que les provoca la actividad.

Sí, he tenido que consumir para aguantar y también porque los clientes quieren que consumas. Yo me ponía el pelo delante y disimulaba, pero al final acabas consumiendo (ID11).

Para trabajar necesito sentirme sucia, por eso consumo, si yo estoy bien no puedo trabajar, para hacer algo sucio necesito sentirme sucia (ID51).

Sí, porque de esa manera podía ganar más dinero. Los clientes que consumen gastan más, la verdad que es una mierda (ID54).

Si, para pasarlo bien, me gusta consumir y además los hombres te pagan más y lo mejor, muchas veces no tienes ni que follar... (ID71)

Muchas participantes revelaron que habían padecido alteraciones en su salud, física o mental, que atribuían a los efectos de su actividad. Un 46,7% respondió que había sufrido alteraciones de carácter físico o psíquico, un 1,3% había tenido enfermedades de transmisión sexual y un 37,7% declaró haber sufrido ambos problemas (ETS y otras alteraciones en la salud).

Algunas expresan sentimientos de disociación o despersonalización relacionados con la necesidad de aceptar clientes o prácticas no deseadas.

No sé cómo explicarte la sensación de no sentir al tener que acostarte con un cliente. No hay agua ni jabón para limpiarte (ID18).

4.6. *Victimización*

Una amplia mayoría de informantes (90,8%) reveló que había experimentado alguna clase de violencia, física, sexual o psicológica, relacionada con su actividad. Los victimarios fueron, en gran medida, clientes, explotadores, proxenetas o encargados de los clubs o parejas (que en algún caso era además explotador). Algunas mujeres se han referido también a agresiones o insultos cometidos por otras mujeres que ejercen la misma actividad o por mirones y transeúntes. Algunas de ellas han informado sobre experiencias de victimización reiterada y múltiple.

Si, muchas veces, la violencia va de la mano de la prostitución (ID20).

De los clientes, me han intentado violar, me han golpeado hasta dejarme inconsciente, han intentado matarme dos veces (ID44).

Si, muchas veces, de clientes. Me violaron dos veces (ID51).

4.7. *Identidad sexual: diferencias entre mujeres cis y mujeres trans*

En cuanto al país de origen, las mujeres trans provienen en su mayoría (69,23%) de países de Latinoamérica y en segundo lugar de la UE. En el caso de las mujeres cis, aunque también provienen mayoritariamente de países de Latinoamérica (60%) y de la UE (30%), existe un porcentaje considerable de mujeres provenientes de países del Este (20%).

Las mujeres trans manifiestan en un 61,5% haberse iniciado en el ejercicio cuando todavía no habían alcanzado la mayoría de edad, mientras que en el caso de las mujeres cis, solo el 20% eran menores. Además, las mujeres trans permanecen de media más años en el ejercicio de la actividad (21 años) que las mujeres cis (14 años).

En cuanto al lugar en el que ejercen la actividad, tal como muestra la Tabla 1, las mujeres cis optan en su mayoría por ejercer en pisos (78%) y en clubs (34%), mientras que las mujeres trans priorizan el ejercicio en la calle (69,2%) y en pisos como segundo lugar (57,7%). Ninguna de las mujeres trans entrevistadas ha manifestado haber ejercido en club. Se ha encontrado una diferencia estadísticamente significativa entre ambos colectivos, respecto al ejercicio en clubs y en la calle ($p= 0,01$)².

Tabla 1: Lugar de ejercicio de la actividad, según las mujeres cis y las mujeres trans

	Mujeres CIS (N=50)	Mujeres TRANS (N=26)	Total (N=76)
Piso	39 (78%)	15 (57,7%)	54 (71,1%)
Club	17 (34%)	0 (0%)	17 (22,4%)
Calle	15 (30%)	18 (69,2%)	33 (43,4%)

Las respuestas de las mujeres transexuales han mostrado algunos aspectos singulares, en comparación con el resto del colectivo entrevistado. Así, se ha encontrado que la práctica del sexo de pago está relacionada en buena medida con una voluntad de afirmación de su identidad como mujeres. Una muestra de ello son las siguientes respuestas a la pregunta sobre qué les motivó a iniciarse en la práctica del sexo de pago.

Quería dinero, fiesta, drogas, operarme, y así podía tener todo aquello que me hiciera más femenina. Cuando vine a España quería encontrar

² El valor de la V de Cramer es 0,387, lo que implica un grado de relación medio.

una nueva vida, donde ser mujer y poder empezar de nuevo, pero una vez aquí continué en lo mismo, además no tenía papeles, que más podía hacer... (ID37).

Quería sentirme mujer del todo. Quería operarme, mi familia no entendía la situación, era un pueblo muy cerrado, se avergonzaban. Empecé para experimentar y tener dinero para operarme. El pecho me lo operé a los 15 años (ID44).

Tabla 2: Motivos del inicio en la actividad de sexo de pago

	Mujeres CIS (N=50)	Mujeres TRANS (N=26)	Total (N=76)
Necesidad económica	41 (82%)	22 (84,6%)	63 (82,8%)
Falta de oportunidades laborales	27 (54%)	20 (76,9%)	47 (61,8%)
Dependencia familiar	35 (70%)	1 (3,8%)	36 (47,3%)
Situación Adm. irregular	12 (24%)	11 (42,3%)	23 (30,2%)
Ocio	1 (2%)	13 (50%)	14 (18,4%)
Condición trans	---	19 (73,08%)	19 (25%)
Operación reasignación de sexo	---	7 (26,92%)	7 (9,2%)

La Tabla 2 muestra que, si bien ambos colectivos señalan la necesidad económica como motivación del inicio de la actividad, las mujeres cis aluden en un 70 % (frente a un 3,85% de las trans) a la dependencia familiar; mientras que, en las mujeres trans, como se pone de manifiesto en sus respuestas, la motivación se relaciona en un 76% (frente a un 54% de las cis) con menores oportunidades laborales convencionales.

Mi situación de mujer transexual me obliga a trabajar en la prostitución. Si no tengo contrato de trabajo, ¿de qué vivo sino? (ID40).

Mi transexualidad, soy mujer trans y la prostitución es tu opción de supervivencia, ¿Quién contrata a una mujer trans? (ID47)

Porque quería dinero y no tenía oportunidades laborales y además quería mi cuerpo de mujer (ID76).

Del 18,4% de mujeres que indicaron motivos de inicio de la actividad relacionados con experiencias de ocio, el 92,8% eran mujeres trans. En relación a los hijos, el 92,3% de las mujeres trans no tiene hijos (frente a

un 24% de las cis), con una relación de dependencia entre ambas variables estadísticamente significativa ($p=0,00$)³.

Tabla 3: Consumo de sustancias relacionado con la actividad, problemas de salud derivados de la actividad y victimización violencia padecida durante la actividad

		Mujeres CIS (N=50)	Mujeres TRANS (N=26)	Total (N=76)
Consumo sustancias relacionado actividad		27 (54%)	24 (92,3%)	51 (67,1%)
Problemas de salud derivados de la actividad	Total	41 (82%)	23 (92%)*	64 (85,3%)
	ETS	12 (41,3%)	17 (58,6%)	29 (38%)
Victimización violenta		45 (90%)	24 (92,3%)	69 (90,8%)

* En este caso la N=25, dado que hubo una respuesta NC

La Tabla 3, muestra cómo las respuestas en uno y otro colectivo varían especialmente en lo relacionado con el consumo de drogas. Mientras que, entre las mujeres cis, un 54% ha manifestado haber necesitado consumir para realizar la actividad, entre las mujeres trans este porcentaje se eleva hasta el 92,3%, siendo la diferencia estadísticamente significativa ($p= 0,001$)⁴. También es significativamente mayor el porcentaje de mujeres trans que manifiesta haber sufrido alteraciones de salud y enfermedades de transmisión sexual (92% v. 82% entre las mujeres cis⁵), derivadas de la práctica del sexo de pago. Otras diferencias no son estadísticamente significativas, como la relativa al hecho de haber padecido violencia, que ha resultado ser elevado tanto en las mujeres trans como en las mujeres cis (92% v. 90%, respectivamente).

³ La relación es intensa (valor de V de Cramer 0,649)
⁴ La relación es moderada (V de Cramer 0,387).
⁵ Chi q = 0,002, con un tamaño del efecto moderado (V de Cramer 0,438).

4.8. *Cientes*

Se preguntó a las participantes sobre su visión de los clientes. Las respuestas muestran una percepción muy extendida de la diversidad de personas demandantes de sexo de pago y cierta ambivalencia de sensaciones respecto a ellos.

Algunos son buenos, otros son más bestias, irrespetuosos, te hacen sentir que no vales. Nos tratan mal. Me siento culpable. Me da asco coger el dinero cuando te encuentras con la bestia, pero luego te encuentras un príncipe y sigues... (ID2).

Algunos buenos, otros malos, pero depende mucho del trato que reciben por nuestra parte. Siempre hay clientes malos, el 40% más o menos (ID3).

Hay de todo, psicológicamente están mal. Me dan pena (ID10).

Algunas mujeres enfatizan situaciones negativas vividas o se centran en una percepción de importantes deficiencias en buena parte de los clientes.

Tienen un vacío y una oscuridad muy grande. Comparten una cosa con las mujeres: el vacío. Muchísimas veces me dan asco, a medida que pasa el tiempo peor (ID20).

Hay de todo, están pasados de vuelta. No te tratan bien, solo uno de cada ocho te trata bien. Te regatean, no te valoran. Me he llegado a dar asco, a veces acabo devolviendo (ID22).

Depravados, viciosos, locos, egoístas, irrespetuosos sobre todo con sus mujeres, hijos y familia en general. Mentirosos (ID24).

Mentirosos, aprovechados, falsos, pervertidos, asquerosos, gays, poco hombres, no respetan a las mujeres, fracasados, cobardes... (ID28)

Otras muestran una experiencia poco problemática respecto a ellos.

Yo soy de alto standing y la mayoría son buenos (ID58).

La verdad es que nunca me lo he planteado, me dan igual, para mi solo es dinero (ID62).

Yo los controlo, yo decido sobre ellos, son simples (ID75).

4.9. *¿Regulación o prohibición?*

Finalmente, se planteó a las informantes una pregunta abierta respecto a cuál sería su opción ante el dilema entre regularizar o prohibir la prostitución, si de ellas dependiera. Las respuestas mostraron una diver-

sidad de posiciones y matices, con más presencia de actitudes favorables a la regulación. Esta opción fue defendida explícitamente por 28 mujeres y de modo implícito por 11 de ellas (en total un 51,3%). Sostuvieron la necesidad de prohibir la actividad 9 participantes de modo explícito y 4 implícitamente (en total un 17,1%). Un total de 24 mujeres (31,5%) expresaron dudas o respuestas matizadas que no cabe adscribir a ninguna de las dos opciones planteadas. Los argumentos a favor de la regulación tenían, en la mayor parte de casos, relación con la demanda de protección, derechos y reconocimiento.

Regularía, para tener más protección, más seguridad y menos riesgos de que la sociedad te excluye y te aparta por algo que los hombres de esta sociedad hacen (D37).

Regularía para que el dinero sea para la mujer, para que lo aceptara la sociedad y no nos vean menos malas. Si lo volviera a hacer quisiera que estuviera valorado como un trabajo normal (D49).

Lo prohibiría todo. Estoy muy cansada, he tenido una vida de mierda estos últimos años (ID21).

5. Discusión

Las entrevistas a 76 mujeres que practican sexo de pago han aportado información relevante sobre las circunstancias en las que se involucraron en esta actividad y sobre diversos aspectos relacionados con esta. En cuanto a la iniciación, nos encontramos ante un fenómeno que no responde a un patrón único. Los resultados han revelado que, más allá de aquellas situaciones en las que una minoría de mujeres reconoce haber sufrido explotación o coerción, predominan situaciones de ambigüedad e historias personales en las que las mujeres tomaron decisiones en condiciones difíciles y de vulnerabilidad derivada de problemas familiares, económicos o de un escaso nivel de formación, en que el sexo remunerado era visto como una opción que les ofrecía una vía de escape, en el sentido que ha apuntado la investigación llevada a cabo en otros países (Kragten-Heerdink et al., 2023). La relevancia que ha tenido para muchas personas entrevistadas la influencia de terceras personas confirma los resultados de estudios previos y merece ser destacado el papel que a menudo desempeñan personas que son pareja o establecieron un vínculo emocional con la mujer (Weber y otros, 2004). Para que el ejercicio del sexo de pago sea visto como una opción, en un contexto de fuerte estigmatización social, la influencia de terceros que permitan ver esta opción como algo relativamente normalizado puede resultar determinante.

Los resultados permiten también confirmar que, además de las causas que llevaron a las personas entrevistadas a iniciarse en el sexo de pago, es esencial conocer aquello que las retiene. En ello desempeñan un pa-

pel crucial una serie de elementos que permiten caracterizar la actividad como una adicción: drogas, recompensa (dinero) y adaptación cognitiva, a lo que cabe agregar, por último, los obstáculos para desistir, como el miedo a enfrentarse a las consecuencias, la dificultad de encontrar trabajo o la interiorización del estigma. El entorno en que se desarrolla el sexo de pago dificulta el abandono, al verse afectado el autoconcepto y alejar a las mujeres del mundo laboral convencional, con la pérdida de las habilidades exigidas.

En lo que atañe a la autopercepción de las mujeres entrevistadas, se ha observado la presencia en muchas de ellas de la «identidad de prostituta» descrita en estudios previos (Hayes, 2010), conformada a partir del estigma y un autoconcepto basado en una devaluación moral y física. Esta identidad se encuentra muy próxima a la identidad de víctima, aunque se percibe también la búsqueda de una identidad de superviviente y una superación basada en la voluntad de afirmarse mediante el ejercicio del poder. Se perciben así las paradojas sobre la identidad a que se han referido algunos estudios previos (Phoenix, 2000).

Los resultados llevan a la necesidad de cuestionar la interpretación de Vasilescu (2017), realizada a partir de información obtenida de una pequeña muestra de mujeres jóvenes que ejercían su actividad en un club. La autora asume el discurso de las entrevistadas, sin tener en cuenta que el mismo puede reflejar la disociación cognitiva que suele afectar a las mujeres o el empleo por parte de estas de técnicas de neutralización, incluso en aspectos como la calificación de la figura del «lover boy» o proxeneta como pareja. Nuestro estudio ha permitido descubrir que, más allá de la posible mejoría en la situación económica de las mujeres y del poder del dinero para retenerlas en la práctica del sexo de pago, las mujeres reconocen que esta práctica tiene para ellas muchas consecuencias negativas, que afectan a aspectos esenciales de sus vidas.

Las entrevistas han proporcionado numerosos indicios del impacto del sexo de pago en las mujeres que lo practican. Es digno de mención que la mayoría de las informantes hayan manifestado que les provoca malestar y consecuencias adversas, entre las que destacan las referidas a la salud mental, el consumo problemático de sustancias y la victimización, que afectan a la mayor parte de las entrevistadas. Estos hallazgos confirman los de la investigación previa respecto a la importancia del consumo de drogas como algo vinculado estrechamente con la actividad (Kurtz y otros, 2004), con resultados incluso más elevados que los encontrados en otros estudios en lo concerniente a la victimización (Kirsch y otros, 2019), experimentada por un 90% de la muestra.

Una de las principales aportaciones de este estudio es la comparación entre mujeres cis y mujeres trans, que ha permitido señalar algunas características singulares de estas últimas, en gran medida no tenidas en cuenta en otros estudios sobre el fenómeno aquí examinado. Como aspectos específicos de las mujeres transexuales destaca el hecho de ini-

ciarse en el sexo de pago no tanto como consecuencia de la presión ejercida por terceros sino como como opción al servicio de objetivos personales, entre los que destaca la necesidad de afirmación de su identidad sexual, lo cual se encuentra en línea con estudios realizados en otros países (Leichtentritt y Davidson-Arad, 2004; Weinberg et al., 1999). A ello cabe agregar una tendencia más lúdica que les lleva a experimentar y a relativizar el impacto negativo de la actividad, y una mayor problemática relacionada con el consumo de sustancias o los efectos en la salud física, como las enfermedades de transmisión sexual.

Algunos de estos aspectos pueden verse como algo paradójico y requieren alguna explicación. Los relatos de las entrevistas han puesto de manifiesto que las mujeres trans suelen involucrarse en actividades de sexo de pago más extremas y violentas que las mujeres cis, incluyendo el sexo sin preservativo, lo cual las expone en mayor grado a daños para su salud. Por otra parte, también hay que tener en cuenta que las mujeres trans pueden presentar problemas emocionales y psicológicos que no surgen como consecuencia del sexo de pago, sino que provienen de los desajustes y el sufrimiento generado por la problemática relacionada con su identidad sexual y la respuesta del entorno social, aunque ello no haya sido mencionado de modo explícito en las entrevistas. En lo que concierne al consumo de sustancias, además del mayor componente lúdico que las mujeres trans perciben en las experiencias de sexo retribuido, es necesario considerar que pueden tener menos oportunidades de disociación para enfrentarse a las consecuencias adversas de esta práctica, como el que puede proporcionar a las mujeres cis la responsabilidad respecto a sus hijos.

El hecho de que las mujeres trans presenten una mayor problemática de salud puede tener relación con el mayor consumo de sustancias y el deterioro que ello puede acarrear. A su vez, la práctica sexual bajo los efectos de sustancias podría explicar que estas mujeres tomen menos precauciones durante las relaciones sexuales y, por lo tanto, contraigan en mayor medida enfermedades de transmisión sexual.

La discordancia entre los resultados sobre los mayores problemas de abuso de sustancias en las mujeres trans y los del estudio previo de Baily-Kloch y Shdaimah (2015) puede explicarse por las diferencias de la muestra y del marco jurídico y social, dado que el citado estudio se efectuó con una muestra de mujeres que habían sido detenidas por la práctica del sexo de pago, actividad delictiva en Baltimore (EUA).

Finalmente, al haberse incluido en la muestra mujeres transexuales se han podido captar matices que pueden haber pasado desapercibidos en estudios previos centrados básicamente en mujeres cis, como la sensación de un menor riesgo al ejercer la actividad en la calle. Es posible que las mujeres trans se sientan más capaces de defenderse y minimicen el peligro existente en la calle.

6. Conclusiones y recomendaciones de futura investigación

Los resultados de este estudio han mostrado la diversidad de vivencias experimentadas por las mujeres que realizan sexo de pago y el alcance y la profundidad de las consecuencias adversas que esta práctica tiene para muchas de ellas, destacando la problemática de las mujeres transsexuales, en buena parte diversa de la del resto de mujeres. Los resultados no son generalizables, al tratarse de una muestra no representativa, pero, dada la dificultad de acceso al colectivo afectado (especialmente en lo tocante a las mujeres trans) pueden aportar elementos valiosos para el progreso de la investigación en este ámbito y para el diseño de políticas y prácticas profesionales basadas en la evidencia.

En el aspecto metodológico, el estudio ha permitido advertir la importancia que tiene para la investigación el vínculo entre el equipo investigador y las personas entrevistadas y el valor de incorporar a los equipos a personas con una sólida experiencia profesional en el terreno.

Las conclusiones alcanzadas apuntan hacia la necesidad de mayor investigación que tenga en cuenta las circunstancias en que se produce el ejercicio del sexo de pago, entre las cuales deben destacarse las cuestiones culturales y el marco jurídico de cada país.

7. Bibliografía

- BAILEY-KLOCH, M., SHDAIMAH, C., y OSTEEN, P. (2015). Finding the right fit: Disparities between cisgender and transgender women arrested for prostitution in Baltimore. *Journal of Forensic Social Work*, 5(1-3), 82-97.
- BARBERET, R. (1996). Victimización de prostitutas en Sevilla y Málaga. *Boletín Criminológico*, (2). <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.1996.v2i.9055>.
- BARCONS CAMPAJÓ, M. (2018). Las ordenanzas municipales: entre la regulación y la sanción de la prostitución en España. *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, 15, 90-109.
- BROCK, D. R. (1998). *Making work, making trouble: Prostitution as a social problem*. University of Toronto Press.
- BRODY, S., POTTERAT, J. J., MUTH, S. Q., y WOODHOUSE, D. E. (2005). Psychiatric and characterological factors relevant to excess mortality in a long-term cohort of prostitute women. *Journal of sex & marital therapy*, 31(2), 97-112.

- COBBINA, J. E., y OSELIN, S. S. (2011). It's not only for the money: An analysis of adolescent versus adult entry into street prostitution. *Sociological Inquiry*, 81(3), 310-332. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1475-682X.2011.00375.x>
- CRUZ MÁRQUEZ, B., y MALDONADO GUZMÁN, D. J. (2022). La prostitución desde la perspectiva del control social: principales efectos socio-criminológicos. *Revista Española de Sociología*, 31(1), a96, 1-10. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2022.96>
- DALLA, R.L. y XIA, Y. (2003). «You Just Give Them What They Want and Pray They Don't Kill You»: Street-Level Sex Workers' Reports of Victimization, Personal Resources, and Coping Strategies. *Violence against women*, 9(11), 1367-1394.
- DEL OLMO MORALES, M.A. (2021). Trabajadoras sexuales y relaciones de poder en el ámbito de la prostitución. *Antropología experimental*, 21, 107-120. URL: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/view/5259/5970>
- FARLEY, M. (2014), Online prostitution and trafficking, *Albany Law Review*, 77(3), 1039-1094.
- FERNÁNDEZ, M. y GARCÍA-VEGA, E. (2014). Análisis de algunas variables sociodemográficas en un grupo de personas transexuales. *Norte de Salud Mental*, 12(48), 26-35.
- FIELDING-MILLER, R., y DUNKLE, K. (2017). Constrained relationship agency as the risk factor for intimate partner violence in different models of transactional sex. *African Journal of AIDS Research*, 16(4), 283-293. <https://doi.org/10.2989/16085906.2017.1345768>
- FOOTER, K.H.A., WHITE, R.H., PARK, J.N. *et al.* Entry to Sex Trade and Long-Term Vulnerabilities of Female Sex Workers Who Enter the Sex Trade Before the Age of Eighteen. *J Urban Health*, 97, 406-417 (2020). <https://doi.org/10.1007/s11524-019-00410-z>
- GOFFMAN, E. (1963). *Estigma: la identidad deteriorada*. Trad. Guinsberg, L. Buenos Aires: Amorrortu, 2015.
- HAYES, T. (2010). Labeling and the adoption of a deviant status. *Deviant behavior*, 31(3), 274-302.
- KAPPLER, K. (2012), Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas sobre la prostitución en España, en Villacampa, C. (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*. Tirant lo Blanch.
- KRAGTEN-HEERDINK, S., VAN DE WEIJER, S. y WEERMAN F.M. (2023). Crossing borders: Does it matter? Differences between (near-)domestic and cross-border sex traffickers, their victims and modus operandi. *European Journal of Criminology*, 20(6), 1761-1783.
- KRISCH, M., AVERDIJK, M., VALDEBENITO, S., y EISNER, M. (2019). Sex trade among youth: A global review of the prevalence, contexts and

- correlates of transactional sex among the general population of youth. *Adolescent Research Review*, 4, 115-134.
- KURTZ, S. P., SURRATT, H. L., INCIARDI, J. A., y KILEY, M. C. (2004). Sex work and «date» violence. *Violence against women*, 10(4), 357-385.
- LAKE, J. (2013). Social identities, self-perception, and the stigmatization of female prostitutes. *UC Merced Undergraduate Research Journal*, 5(1).
- LANAU, A., y MATOLCSI, A. (2022). Prostitution and sex work, who counts? Mapping local data to inform policy and service provision. *Social Policy and Society*, 23(1), 71-85. <https://doi.org/10.1017/S1474746422000136>
- LAVOIE, F., THIBODEAU, C., GAGNÉ, M. H., y HÉBERT, M. (2010). Buying and selling sex in Québec adolescents: A study of risk and protective factors. *Archives of sexual behavior*, 39, 1147-1160.
- LEICHTENTRITT, R. D., y ARAD, B. D. (2004). Adolescent and Young Adult Male-to-Female Transsexuals: Pathways to Prostitution. *The British Journal of Social Work*, 34(3), 349-374.
- LÓPEZ-RIOPEDRE, J. (2016). Trabajo sexual transnacional: consecuencias de las políticas criminalizadoras de la prostitución y de la crisis económica española sobre las trabajadoras sexuales migrantes. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, (14), 67-86.
- LÓPEZ RIOPEDRE, J. (2022), Prostitución, etnografía e historias de vida, *Revista Española de Sociología*, 31(1), a94. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2022.94>.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (2017), La prostitución: el «pecado» de las mujeres, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, (35), 64-89.
- MOFFITT, T. E. (1993). The neuropsychology of conduct disorder. *Development and psychopathology*, 5(1-2), 135-151.
- OLIVEIRA, A. (2018). Same work, different oppression: Stigma and its consequences for male and transgender sex workers in Portugal. *International Journal of Iberian Studies*, 31(1), 11-26.
- PEREDA, N. (2014), Prostitución y victimización: un análisis de riesgo, en Tamarit, J. M. y Pereda, N. (coord.). *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer BdF: Madrid, Buenos Aires, Montevideo.
- PHOENIX, J. (2000). Prostitute identities: Men, Money and Violence. *British Journal of Criminology*, 40(1), 37-55
- POTTERAT, J. J., BREWER, D. D., MUTH, S. Q., ROTHENBERG, R. B., WOODHOUSE, D. E., MUTH, J. B. y BRODY, S. (2004). Mortality in a long-term open cohort of prostitute women. *American journal of epidemiology*, 159(8), 778-785.

- POZO CUEVAS, F. (2022). Investigar sobre prostitución: complejidad del objeto, marcos analíticos y controversias. *Revista Española de Sociología*, 31(1), a93. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2022.93>.
- RAPHAEL, J., y SHAPIRO, D. L. (2002). *Sisters Speak Out: The Lives and Needs of Prostituted Women in Chicago a Research Study*. Center for impact research.
- REID, S. A. y ANDERSON, G.L. (2009). Language, Social Identity and Stereotyping. En Gils, H., Reid, S. y Harwood, J., *The dynamics of inter-group communication*. Peter Lang.
- SAIZ-ECHEZARRETA, V. (2019). Mediatización de las controversias públicas: a propósito de la campaña sobre prostitución Hola Putero. *Revista Mediterránea de Comunicación*, 10(1): 95-115.
- SAMPSON, R. J., y LAUB, J. H. (1993). *Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life*. Harvard University Press.
- SANDERS, T. (2007). Becoming an ex-sex worker: Making transitions out of a deviant career. *Feminist Criminology*, 2(1), 74-95.
- SOBRINO GARCÉS, C. (2024). Prostitución callejera y regulación jurídica española. Estado de la cuestión. *InDret*, 4: 1-31.
- SOLANO RAMÍREZ, C. (2012). La construcción de la identidad de las trabajadoras sexuales. En (Coord.) Isabel Vázquez Bermúdez; (Com. cient.) Consuelo Flecha García. *Investigación y género, logros y retos: III Congreso Universitario Nacional Investigación y Género* [libro de actas], (pp. 1874-1885). Unidad para la Igualdad, Universidad de Sevilla
- SVEDIN, C. G., y PRIEBE, G. (2007). Selling sex in a population-based study of high school seniors in Sweden: Demographic and psychosocial correlates. *Archives of Sexual Behavior*, 36, 21-32.
- TAMARIT, J.M. y MONTIEL, I. (2023). Sexo transaccional: aspectos conceptuales y victimológicos a partir de una encuesta en España. *InDret*, 4, 261-290.
- VANWESENBEECK, I. (2005). Burnout among female indoor sex workers. *Archives of sexual behavior*, 34, 627-639.
- VARTABEDIAN, J. (2011). Trabajo sexual en Barcelona. Sobre la gestión municipal del espacio público. *Oñati Socio-legal Series*, 1(2), 1-13.
- VASILESCU, C. (2017). Mitos y realidades en torno a la prostitución: cambiando discursos dando voz a las sin voz. *InDret*, 3, 1-38.
- VILLACAMPA, C., y TORRES, N. (2013). Effects of the criminalizing policy of sex work in Spain. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 41(4), 375-389.
- WEBER, A.E; BOIVIN, J.F.; BLAIS, L.; HALEY, N. y ROY, E. (2004). Predictors of initiation into prostitution in female street youths. *Journal of*

Urban Health: Bulletin of the New York Academy of Medicine, 81(4): 584-595: doi:10.1093/jurban/jth142

WEINBERG, M. K., TRONICK, E. Z., COHN, J. F., y OLSON, K. L. (1999). Gender differences in emotional expressivity and self-regulation during early infancy. *Developmental psychology*, 35(1), 175.

BUENAS PRÁCTICAS EN LA GESTIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN POR MATRIMONIO FORZADO EN ESPAÑA: EL CASO DE CATALUÑA¹

Carolina Villacampa Estiarte

Catedrática de Derecho Penal. Universitat de Lleida

Title: Good practices in the management of victimisation by forced marriage in Spain: the case of Catalonia

Resumen: El matrimonio forzado constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres que todavía ha sido poco abordada en España, a excepción de en Cataluña. Esta investigación cualitativa identifica cinco buenas prácticas relacionadas con la aproximación institucional, asistencial y policial a esta realidad en dicha Comunidad Autónoma que, con las convenientes mejoras, podrían ser implementadas en todo el territorio de Estado para favorecer el afloramiento y adecuado tratamiento de la victimización de mujeres por matrimonio forzado en España.

Palabras clave: matrimonio forzado, buenas prácticas, ámbito institucional, ámbito asistencial, ámbito policial.

Abstract: Forced marriage is a manifestation of violence against women that has been little addressed in Spain, except for Catalonia. This qualitative research identifies five good practices related to the institutional, welfare and police approach to this reality in this Autonomous Community which, with the appropriate improvements, could be implemented throughout Spain to favour the surfacing and adequate treatment of women's victimisation by forced marriage in Spain.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España» (HONGEN) (PID2022-136879NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y del proyecto CERV-2022-DAPHNE EASY, financiado por la Comisión Europea.

Keywords: *forced marriage, good practices, institutional sphere, welfare sphere, police sphere.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Metodología. - 3. Resultados. - 3.1. Buena práctica 1: el Protocolo para la Prevención y el Abordaje de los Matrimonios Forzados en Cataluña y su proceso de revisión. - 3.2. Buena práctica 2: preparación de protocolos locales de abordaje de los matrimonios forzados. - 3.3. Buena práctica 3: programa de apoyo a las víctimas de matrimonios forzados de entidades especializadas. - 3.4. Buena práctica 4: el papel de las «referentes» en la prevención del MF y la recuperación de las víctimas. - 3.5 Buena práctica 5: la aproximación de la policía autonómica catalana a los matrimonios forzados. - 4. Discusión y conclusiones. - 5. Referencias.

1. Introducción

El matrimonio forzado (en adelante, MF) constituye un proceso de victimización que afecta sobre todo a mujeres y niñas, a las que a edades muy tempranas se vincula a una pareja que no escogieron con el objeto de que cumplan su principal cometido, realizarse social y comunitariamente como esposas y madres abnegadas. Sin embargo, el forzamiento a contraer generalmente coloca a las mujeres en una situación de clara desventaja vital y social, que las aboca a padecer múltiples formas de violencia en la pareja mientras permanecen en la relación matrimonial (Swegman, 2016), cuando no a sufrir el rechazo familiar y comunitario si lo abandonan (Villacampa EstiarTE, 2019). Tanto es así que la última estimación sobre esclavitud contemporánea de la Organización Internacional del Trabajo (International Labour Organization, ILO, 2022) considera que de los casi 50 millones de esclavos contemporáneos que existen en el mundo, 22 millones están atrapados en MFs, lo que supone un incremento de 6,6 millones desde la anterior estimación, realizada por este organismo en 2017. Más de dos tercios de estas víctimas —14,9 millones— son mujeres y niñas mayoritariamente forzadas a contraer por sus familias mediante amenazas emocionales o abuso verbal (ILO, 2022).

Pese a ser lugar común entender que afecta fundamentalmente a mujeres, sin negar que los varones, en particular los no heterosexuales, pueden verse también afectados por esta práctica (Bates, 2021; Idriss, 2022), el de MF no constituye un concepto pacífico. Las conceptualizaciones más tradicionales del MF lo identifican únicamente con los matrimonios celebrados sin el consentimiento de una o ambas partes (European Union Agency for Fundamental Rights, FRA, 2014), considerando que solo lo integran aquellos supuestos en que se recurre a la violencia o la intimidación para obligar a uno o ambos contrayentes. Según este entendimiento más tradicional, el MF se diferencia del concertado (Anitha y Gill, 2011; Home Office, 2000; HM Government, 2010), en el que, supuestamente lejos de contraerse contra su voluntad, ambas partes consienten en contar con la ayuda de sus progenitores o de un tercero para

elegir cónyuge (Anitha y Gill, 2011; Home Office, 2000; HM Government, 2010).

No obstante, una aproximación más contemporánea al MF que intenta desligarlo de consideraciones orientalistas y que se asienta en la evidencia empírica existente sobre esta práctica lo considera una manifestación de la violencia de género (Bunting et al., 2016; Gill y Anitha, 2011). Entendida la violencia de género desde un enfoque interseccional que atribuye sus causas no solo a razones de sexo-género, sino también a otros vectores de supra-subordinación concurrentes en la sociedad contemporánea, como la raza o la clase social (Crenshaw, 1991), el universo de casos que pueden considerarse manifestaciones del MF se expande. Partiendo de un entendimiento interseccional de la violencia contra las mujeres, surge un concepto de MF más comprensivo, desligado de la conceptualización binaria de coerción y consentimiento (Anitha y Gill, 2011), que diluye las fronteras entre los términos MF y matrimonio concertado. Tal entendimiento más reciente del MF se edifica sobre la consideración de que existe un *continuum* de coerción orientado a determinar el comportamiento —sexual— de las mujeres, que transita desde el empleo de mecanismos sutiles de constreñimiento al uso de la violencia más explícita. Esto comporta la aceptación de MFs aun cuando los medios empleados para forzar a contraer no hayan consistido en el recurso a la violencia y la intimidación, empleándose herramientas más sutiles, como el control coercitivo, que se considera que en determinados contextos puede también constituir un instrumento suficiente para arrancar un consentimiento matrimonial altamente condicionado (Anitha y Gill, 2009, 2011). Esto porque el MF se considera una manifestación específica de la violencia por causa de honor (Bates, 2021; Begikhani et al., 2015; Gill, 2014; Gill y Brah, 2014; Idriss, 2017, 2022; Yurkadul y Korteweg, 2013), en que la presión ejercida sobre la víctima por la familia y la comunidad a menudo no necesita mostrarse de forma descarnada para ganar efectividad.

Según este entendimiento más contemporáneo y comprensivo del MF, no solo lo integrarían los supuestos en que el constreñimiento de la voluntad persigue conseguir la celebración del matrimonio, sino también los casos en que las víctimas están atrapadas en un matrimonio que se ha convertido en forzado tras su celebración, lo mismo que los casos en los que se impide su disolución (Gangoli et al., 2011). Tales ideaciones del MF lo conciben como un proceso que se fragua ya desde la crianza misma de las niñas en la cultura de la obediencia, que no finaliza con la celebración del matrimonio, sino que se mantiene durante la pervivencia de la unión matrimonial no deseada, sin identificarlo con un evento —la celebración— producido en un concreto momento en el tiempo. De ahí que, entendido como proceso, el MF cubre aquellos supuestos en que las mujeres todavía no han sido forzadas a contraer, pero están en riesgo de serlo (Chantler y McCarry, 2020).

Esta conceptualización más comprensiva del término MF, no ha sido, sin embargo, la que hasta el momento ha gozado de mayor predicamento legislativo. De hecho, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul) constituye el instrumento normativo internacional que más claramente ha incidido en la necesidad de erradicar el MF, demandando su incriminación. En su art. 37 establece que las Partes deben adoptar las iniciativas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que se tipifique como delito la conducta intencionada de obligar a un adulto o a un niño a contraer matrimonio, así como la consistente en atraer a un adulto o a un niño al territorio de una Parte o de un Estado distinto de aquel en el que resida con el fin de obligarlo a contraer matrimonio. Se observa, pues, que el concepto de MF del que parte el precepto se aproxima más al tradicional, circunscrito al forzamiento a contraer empleando medios coercitivos, que al contemporáneo y más amplio antes referido. Pese a partir implícitamente de este concepto más restringido de MF y orientarse a la incriminación de conductas que se consideran manifestaciones de la violencia contra la mujer, adopta una aproximación más victimocéntrica que criminocéntrica para luchar contra este fenómeno.

El Convenio de Estambul acoge una forma de abordaje que se identifica con lo que se conoce como política 3P, que coloca a la víctima en el centro de la reacción institucional frente a esta realidad, de forma que las políticas públicas y legislativas emprendidas persigan sobre todo la protección de las víctimas y la prevención de estas conductas, aunque sin renunciar a la persecución del delito (Villacampa Estiarte, 2018). Esta aproximación 3P ha sido posteriormente completada con una cuarta P, de políticas coordinadas, en virtud de la cual la estrategia adoptada para luchar contra el MF debe ser multi agencia, articulándose a través de la cooperación no solo interna, sino también internacional, de los profesionales implicados. Dicha cuarta P, sumada a las 3 anteriormente mencionadas, conforma lo que se conoce como los cuatro pilares del Convenio de Estambul (Council of Europe, 2023), que no hace más que reforzar la máxima de que la respuesta frente a la violencia contra las mujeres, entre la que se cuenta el MF, debe basarse en la protección de la víctima más que en la persecución del delito. Así se deduce del articulado de este instrumento normativo internacional, que dedica una parte importante de su articulado a arbitrar medidas de protección de las víctimas —en particular todos los preceptos del Capítulo IV, la mayor parte de los del Capítulo VI y las medidas protectoras de carácter civil incluidas en el Capítulo V y las relacionadas con el asilo y la extranjería del Capítulo VII—.

Sin embargo, el MF, como una de las manifestaciones más paradigmáticas y conocidas de la violencia contra las mujeres por causa de honor (Gorar, 2021; Rigoni, 2023), no ha sido hasta el momento una realidad particularmente visibilizada en España, ni normativa o institucionalmente, ni desde la perspectiva de su conocimiento fenomenológico. En

el panorama normativo estatal, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (en adelante, LO 10/2022), la única aproximación normativa producida a esta realidad había sido su incriminación por partida doble en 2015 —como delito específico dentro de los delitos contra la libertad de obrar (art. 172 bis CP) y como una de las posibles finalidades de explotación en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.1.e) CP—. La aprobación de la LO 10/2022, que incluye el MF como una de las posibles formas de violencia sexual definida en su art. 3, comporta que la batería de derechos que reconoce a las víctimas de violencias sexuales se aplique también a las de MF, pero no conceptúa esta realidad, más allá de lo que se deduce de los tipos delictivos a través de los que se incrimina. Con todo, su aprobación puede contribuir a que otras formas de violencia contra las mujeres más allá de la que se produce en la pareja se visibilicen, siguiendo la sugerencia efectuada por el GREVIO en su informe sobre la aplicación del Convenio de Estambul en España (GREVIO, 2020), no sin olvidar que esta norma centra su atención en la violencia sexual, en particular las agresiones sexuales y la trata sexual.

Institucionalmente, el MF tampoco ha sido objeto de demasiada atención. La Estrategia Estatal para la erradicación de la violencia contra las mujeres 2013-2016, en aplicación materialmente hasta noviembre de 2022, fue el primer documento programático que lo mencionaba, aunque sin prever medidas específicas para abordarlo más allá de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes frente a esta situación. La actualmente vigente Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025, aprobada siguiendo las sugerencias procedentes del Consejo de Europa (GREVIO, 2020), es algo más comprensiva, aunque, al ser aprobada en noviembre de 2022, es todavía pronto para determinar cuál será su alcance. Con todo, lo mismo que la LO 10/2022, está más centrada en la lucha contra las violencias sexuales contra las mujeres, fundamentalmente la trata y la explotación sexual, que en la violencia por causa de honor y, en concreto, el MF.

Finalmente, el MF como fenómeno apenas se conoce en España, más allá de los datos compilados por parte de la academia: los de tipo cualitativo obtenidos antes de la incriminación del delito de MF que lo vinculaban con la trata de seres humanos (Igareda et al., 2016) y los de tipo cuantitativo (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019a) y cualitativo (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019b) extraídos tras la incriminación del MF como delito, que lo abordan como una concreta manifestación de la violencia de género por causa de honor. A través de estos estudios pudo confirmarse la existencia de MFs en toda la geografía española, estableciéndose un perfil de víctima —mujer joven o menor de edad con familia procedente mayoritariamente del Magreb, África Subsahariana y sur de Asia, que en el 75% de los casos son españolas o tienen residencia legal en España— (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019a). También se evidenció, en cuanto a la dinámica, que los mecanismos de forzamen-

to a contraer son sutiles, envolventes, de baja intensidad y que la mayor parte de supuestos de MF acontecen más como un precipitado familiar que siguiendo los patrones propios de la trata de seres humanos (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019b; Villacampa Estiarte, 2019), como habían evidenciado anteriores investigaciones (Gill y Harvey, 2017; Hemmings y Khalifa, 2013). Los casos que afloran, que son solo la punta del iceberg, son detectados sobre todo por entidades especializadas cuando el matrimonio ya ha sido contraído y se visibiliza por haberse producido episodios de violencia en la pareja (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019b), siendo las víctimas reticentes a acudir al sistema de justicia penal en busca de apoyo, sobre todo cuando eso comporta denunciar a la propia familia (Villacampa Estiarte, 2019). Pese a esto, los únicos datos oficiales sobre MF que se recogen en España son policiales y se recopilan únicamente identificando el MF con una forma de trata de seres humanos, al no haber estado todavía suficientemente visibilizada esta práctica como una forma de violencia de género por causa de honor. Por ello ni en los boletines estadísticos mensuales de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ni en los datos de victimización obtenidos mediante las macroencuestas de violencia sobre la mujer se refleja esta realidad. Tampoco hay datos judiciales sobre el MF, al no reflejarse en los informes estadísticos del Observatorio contra la Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial. Solamente el Centro de Inteligencia Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) recoge datos sobre MF y lo hace en exclusiva cuando está vinculado con la trata de seres humanos. Entre 2016 y 2023 —no se recogían datos antes— se han identificado en todo el territorio del Estado 23 víctimas de MF, casi en exclusiva muchachas menores de edad de nacionalidad rumana que son fundamentalmente victimizadas por adultos de su misma nacionalidad.

La situación de ausencia de visibilidad del MF en España contrasta con la situación en Cataluña, en que esta práctica se incluyó ya como una posible manifestación de la violencia contra las mujeres en la Ley 5/2008, de 14 de abril, del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista del Parlamento catalán. Esta norma, que parte de un concepto comprensivo de violencia machista (art. 4), ya se refirió al MF como una forma de violencia sexual contra las mujeres. A consecuencia de su reflejo en la normativa marco para luchar contra la violencia contra las mujeres en esta Comunidad, ya en 2009 se aprobó el Procedimiento de Prevención y Atención policial de los MFs dentro del Programa de Seguridad contra la Violencia Machista, que afronta cómo debe abordarse policialmente esta realidad en la Comunidad Autónoma y que ha comportado que la policía autonómica catalana recoja datos sobre la misma desde 2009. Entre 2009 y 2022 el Cuerpo de Mossos d'Esquadra (CME) ha tenido noticia de 209 víctimas de MF, 113 de ellas menores y 96 mayores de edad, 172 en riesgo de contraer y 37 ya casadas. Además, desde una perspectiva institucional, ya en 2014 se adoptó en Girona, una provincia

con subáreas con bastante incidencia, el Protocolo para el Abordaje del MF en dicha demarcación, que constituyó el embrión del Protocolo para la Prevención y el Abordaje del MF de 2020 en Cataluña.

El contraste existente entre la escasísima, por no decir nula, visibilidad que ha tenido hasta ahora el MF en España en general con la atención preferente que se le ha prestado en una de las Comunidades Autónomas que integran su territorio condujo a emprender esta investigación. Su principal objetivo consiste en identificar buenas prácticas para afrontar esta práctica en Cataluña que puedan ser eventualmente implementadas a otras partes del territorio nacional para hacer aflorar y abordar adecuadamente los MFs en España en su conjunto.

2. Metodología

Con dicho objetivo, se realizó un análisis de la documentación institucional existente en Cataluña que incluyó los contenidos de los siguientes documentos instrumentales para el abordaje del MF en dicha Comunidad Autónoma: el Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los MFs de 2009, el Protocolo para el Abordaje del MF en la demarcación de Girona de 2014 y el Protocolo para la Prevención y el Abordaje del MF en Cataluña de 2020.

Junto a esto, tras obtener la correspondiente autorización del Comité de Ética de la Investigación y la Transferencia de la Universitat de Lleida, se realizaron un total de ocho entrevistas con el fin de recopilar buenas prácticas en la forma de afrontar esta realidad en Cataluña que pudieran ser valiosas para luchar contra los casos de MF y ayudar a las víctimas en su proceso de recuperación. Para seleccionar a los posibles entrevistados se utilizó un sistema de muestreo intencional que partió de la base de anteriores investigaciones llevadas a cabo sobre MF en España que identificaron actores clave en el territorio analizado (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019a y 2019b). Tales investigaciones proporcionaron un conocimiento previo sobre las personas clave a entrevistar que, junto con el uso de un sistema de bola de nieve para identificar nuevos agentes clave, permitieron seleccionar a las personas entrevistadas. El acceso a estos actores se vio facilitado por los contactos previos establecidos en investigaciones anteriores realizadas sobre este mismo objeto de estudio ya mencionadas. Además, la investigación documental realizada en el marco de este proyecto también contribuyó a la selección de los entrevistados.

El instrumento utilizado para recopilar datos fue una entrevista semiestructurada basada en una plantilla de entrevista común para cuatro equipos de investigadores que trabajaban simultáneamente en sus respectivos países —España, Alemania, Finlandia e Irlanda— en una investigación sobre matrimonio forzado. Fue desarrollado en inglés por el

European Institute for Crime Prevention and Control-HEUNI (Finlandia), sobre la base de los modelos desarrollados por Villacampa Estiarte y Torres Rosell para las investigaciones conducidas por estas autoras con profesionales del sistema de justicia penal y del ámbito asistencial (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019b) y con supervivientes de MFs (Villacampa Estiarte, 2019) en España.

El modelo de entrevista con profesionales estaba compuesto por las siguientes grandes secciones: 1. Casos de MF identificados (características, cómo se identifican y por quién, opinión sobre la capacitación de distintos profesionales para afrontarlos), 2. Cuestiones sobre intervención en estos casos, distintas en función de que el entrevistado fuese un profesional del sistema de justicia penal —opinión que les merecía el marco legal para afrontarlos, éxito de las investigaciones penales por MFs y procesamiento de los casos como supuestos de trata de seres humanos— o del ámbito asistencial —necesidades de las víctimas de MF, ejemplos sobre la forma de atenderlas, existencia de servicios e itinerarios específicos para atender víctimas de MFs— y 3. Prevención (intervenciones que serían necesarias para prevenirlos, métodos proactivos implementados con grupos de riesgo, actividades de formación de profesionales). El modelo de entrevista con supervivientes afronta como aspectos principales la forma en que se fraguó y produjo el MF, el estatus presente de la superviviente, si tiene hijos, la forma en que la vivencia la afectó, si buscó y obtuvo asistencia, así como tipo y valoración de la asistencia obtenida, y cómo cree que debería ser la asistencia prestada a quienes pasan por esta situación.

Un grupo de 11 personas compuso la muestra invitada de esta investigación cualitativa. Los potenciales entrevistados fueron contactados inicialmente por correo electrónico e invitados a participar en este estudio. De ellos, 8 estaban disponibles y aceptaron ser entrevistados, 2 de ellos conjuntamente. Las entrevistas se realizaron *online* en julio de 2023 en catalán y castellano. La muestra final estuvo compuesta por 6 profesionales y 2 supervivientes, cuyas características se exponen en la tabla I, indicándose además la buena práctica de las identificadas con la que la entrevista se relaciona en mayor medida

En cuanto al tratamiento de los datos, las entrevistas se transcribieron íntegramente. Los datos se analizaron mediante la metodología de análisis temático (Guest et al., 2021), siguiendo los pasos que la componen (Braun y Clarke, 2006): familiarización con los datos, generación de códigos iniciales, búsqueda y definición y denominación de temas. Los códigos se crearon y redefinieron teniendo en cuenta que el objetivo principal de la investigación era identificar las mejores prácticas derivadas de las entrevistas, esto es, las mejores prácticas en el abordaje institucional de los MFs en la Comunidad Autónoma en que se llevó a cabo el análisis, definidas en función de lo que había mostrado la investigación documental previa.

Tabla I. Entrevistas realizadas

	Edad	Sexo	Nacionalidad	Edad	Años experiencia profesional	Provincia donde trabaja	Buena práctica relacionada
E 1	Técnica-Dirección General para la Erradicación de las Violencias Machistas-Generalitat Catalunya	mujer	Española	-	10	Barcelona	1
E 2	Miembro de junta directiva de ONG	mujer	Española	-	9	Girona	3
E 3	Agente Mossos Esquadra	mujer	Española	-	27	Barcelona y Girona	5
E 4	Técnica. Consejo Comarcal Vallés Occidental	mujer	Española	-	4	Barcelona	2
E 5	Coordinadora del Servicio de Información y Atención a las Mujeres (SIAD)-Consejo Comarcal de la Segarra	mujer	Española	-	27	Lleida	2
E 6	Técnica de Políticas Migratorias-Consejo Comarcal de la Segarra	mujer	Española	-	2	Lleida	2
E 7	Superviviente	mujer	Marroquí (nacida en España)	27	-	Girona	4
E 8	Superviviente	mujer	Española (familia origen marroquí)	25	-	Girona	4

3. Resultados

El procesamiento de los datos ha comportado la identificación de cinco buenas prácticas listadas a continuación, cuyo contenido se expondrá ulteriormente a través de los correspondientes subepígrafes con mayor detenimiento: 1. Protocolo para la Prevención y el Abordaje de los MFs en Cataluña y su proceso de revisión; 2. Preparación de protocolos locales de abordaje de los MFs; 3. Programa de apoyo a las víctimas de MF de entidades especializadas; 4. El papel de las «referentes» en la prevención del MF y la recuperación de las víctimas; 5. La aproximación de la policía autonómica catalana a los MFs.

3.1. Buena práctica 1: el Protocolo para la Prevención y el Abordaje de los Matrimonios Forzados en Cataluña y su proceso de revisión

Ya en 2014, la Generalitat de Cataluña publicó el Protocolo para el Abordaje de los Matrimonios Forzados elaborado en el marco de los protocolos de actuación en casos de violencia en la demarcación de Girona, inspirado en el previo Procedimiento de Prevención y Atención Policial a los Matrimonios Forzados de 2009 —al que se hará ulterior referencia en la buena práctica 5—. El Protocolo de 2014 surgió como consecuencia de la sensibilidad de algunos profesionales tanto del ámbito asistencial como del sistema de justicia penal en la provincia de Girona, en alguna de cuyas áreas se percibía como elevada la prevalencia de MFs, para conseguir articular una respuesta institucional coordinada frente al fenómeno en dicha provincia. Los actores activos en dicho territorio desempeñaron un papel muy relevante en la aplicación del Protocolo de 2014, especialmente los Mossos d'Esquadra, que habían aprobado un documento programático para afrontar esta realidad ya en 2009.

El poso que brindó la experiencia en dicha área, junto a la toma de consciencia de que el MF podía ser una realidad que se estaba produciendo en otras áreas geográficas de la Comunidad Autónoma, comportó que en octubre de 2017 la Secretaria de Igualdad, Migraciones y Ciudadanía organizase una jornada sobre MFs que contó con la participación de diferentes profesionales del territorio, además de con representantes de la *Forced Marriage Network* escocesa y de la *Fédération National Mutilations Sexuelles Féminines & Mariages Forcés* francesa de la que surgió un grupo de trabajo formado por diferentes actores sociales. Sobre la base de la tarea de dicho grupo y de documentos confeccionados por la propia Generalitat, por entidades de ayuda a inmigrantes y por asociaciones de mujeres inmigrantes de países donde se practican MFs, se elaboró, en el seno del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, el Protocolo para la Prevención y el Abordaje de los MFs en Cataluña,

aprobado en marzo de 2020². Antes de su aprobación, en noviembre y diciembre de 2019, se realizó una prueba piloto de su implementación en dos municipios de la provincia de Barcelona (Manresa y Santa Coloma de Gramenet) consistente en tres sesiones formativas sobre MFs para profesionales de diversas disciplinas junto a la realización de un simulacro de aplicación.

El objetivo de este documento, de aplicación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, era establecer un marco de cooperación y un circuito de intervención entre los diferentes profesionales para prevenir, detectar e intervenir en situaciones de MF, orientándose a garantizar que ninguna mujer, niña o adolescente residente en Cataluña sea víctima de esta práctica. En este sentido, este documento se centra en los derechos y necesidades de las mujeres, adolescentes y niñas abordando varios puntos clave, entre ellos: a) los diferentes elementos y criterios para detectar los casos de matrimonio forzado, b) el marco legal vigente a nivel internacional, europeo, español y catalán, c) las pautas para que los profesionales implicados sepan cómo proceder y d) las medidas de prevención y los diferentes aspectos relacionados con la atención y recuperación de las víctimas.

El Protocolo define un marco institucional de actuación para combatir los MFs y atender a sus víctimas y a personas en situación de riesgo que se divide en las siguientes cuatro etapas:

- Prevención: el objetivo es sensibilizar a la población joven de las regiones donde se practica el MF, informándoles sobre sus consecuencias legales, psicológicas y emocionales. Esta fase también hace hincapié en la formación y el asesoramiento de profesionales para que comprendan este fenómeno, reconozcan la violación de los derechos humanos de las mujeres que comporta, sean capaces de detectar casos y tomen las medidas oportunas. También constituye objetivo en esta fase empoderar, orientar y apoyar a las víctimas potenciales en relación con sus derechos y los recursos disponibles. El protocolo también pretende aquí facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la prevención y el tratamiento de los MFs, ofreciendo oportunidades de aprendizaje en contextos profesionales, comunitarios y feministas. Los principales agentes implicados en esta fase son las mujeres y chicas que proceden de países donde se practica el MF, los líderes comunitarios, las personas que representan asociaciones y entidades, los centros de enseñanza secundaria, los profesionales de la salud, los profesionales del ámbito de atención a la infancia y la

² El texto del documento puede consultarse en: <https://igualtat.gencat.cat/web/.content/Ambits/antiracisme-migracions/prevencio-violencia-masclista/matrimonis-forcats/Protocol-per-a-la-prevencio-i-labordatge-del-matrimoni-forcat-1.pdf>.

adolescencia, los trabajadores sociales, los profesionales de acogida e inmigración, los mediadores comunitarios, las entidades que trabajan estos colectivos, agentes policiales y profesionales de la cooperación

- Detección (de víctimas potenciales): el Protocolo parte de la constatación de que las potenciales víctimas de MFs suelen ser muy jóvenes y en muchos casos no son conscientes de la violencia de género que están sufriendo, por lo que esta fase se centra en anotar diferentes señales de alerta y signos de sospecha que indican un posible caso de MF. Tales señales de alerta se listan y clasifican según el ámbito en el que se produzcan: educativo, sanitario, laboral/económico, familiar, de seguridad y social. En esta fase, se persigue realizar una evaluación inicial del caso. La misma se articula a través de una entrevista profesional-víctima, en la que la formulación de las preguntas difiere si la víctima es menor o adulta. Mediante dicha entrevista, designado un profesional de confianza, se detectan las necesidades de la víctima y se realiza una primera propuesta de riesgo, que se confirma en una reunión de seguimiento posterior en la que se elabora un plan de actuación a corto plazo. Durante esta fase, el documento hace hincapié en la necesidad de centrarse en la persona que está pasando por el proceso y sus necesidades, sin intentar mediar con la comunidad. Los agentes fundamentales en esta fase son las profesionales de atención directa formadas y las entidades y asociaciones, además del círculo próximo a la persona en riesgo, así como los responsables del centro/servicio o entidad que corresponda y también las técnicas de prevención de violencia machista de mujeres migradas.
- Atención: esta fase se alcanza cuando se ha constatado el riesgo de un posible caso de MF. En la misma se realiza una evaluación entre los actores implicados para elaborar un plan de intervención, responsabilizando a un profesional del contacto regular con la persona en riesgo. Se constituye una comisión de seguimiento del caso que, recogida la información sobre la situación, e identificadas las necesidades de la víctima y valorado el grado de riesgo, diseña el plan de intervención. Para su delineamiento se tienen en cuenta dos variables: la edad de la víctima —si es menor o mayor de edad— y el nivel de riesgo de MF al que se enfrenta —riesgo no urgente, riesgo urgente o sospecha de consumación—:
 - Cuando el riesgo no es urgente, se trabaja con la familia si la víctima es menor, pero sólo con la víctima si es adulta.
 - Cuando el riesgo es urgente, se adoptan medidas de intervención en crisis y se comunican los hechos a las autoridades judiciales, a la fiscalía de menores y al órgano encargado de la tutela administrativa de menores si la víctima es menor de edad. Si la víctima es mayor de edad, se adoptan medidas de intervención

en crisis y, sólo si no se neutraliza el riesgo, se informa a la fiscalía y al juez.

- Cuando se sospecha que el matrimonio se ha consumado, se deriva a la víctima a los Servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral a Víctimas de Violencia Machista que delinea la Ley 5/2008 del Parlamento catalán y se informa a las autoridades en los términos indicados en los casos de riesgo urgente.

En esta fase, los principales profesionales implicados, además de la Comisión inicial de valoración del caso, son los Servicios de la mencionada Red, en particular los Servicios de Intervención Especializada (SIEs), que se encargan de atender a las mujeres que padecen situaciones de violencia en el ámbito municipal, y los Servicios y Oficinas de Información y Atención a las Mujeres (SIADs), radicados en la administración comarcal con semejante finalidad.

- Recuperación: en esta fase, en que el plan de intervención diseñado se implementa y se chequea, el papel de la comisión de seguimiento de casos resulta clave. La reevaluación de cada caso es supervisada por un psicólogo experto del correspondiente SIE, que acompañará a la comisión de seguimiento y supervisión de los casos. Para cada persona en situación de riesgo se diseña un plan personalizado en función de sus necesidades, ofreciéndole protección y seguridad, y facilitándole los recursos que precise en materia de vivienda, médicos, psicológicos, económicos, sociales, laborales y educativos.

El protocolo establece, así, pautas de intervención en casos de MF desde diversos ámbitos y equipos profesionales. Propone la creación de comisiones locales o comarcales integradas por diversos profesionales en los territorios donde residen mujeres y niñas procedentes de países o culturas donde se practica el MF. Tales comisiones deben estar vinculadas a las mesas institucionales comarcales previstas en los protocolos para el abordaje de la violencia machista de la Comisión de Violencia Machista. Dichas mesas deben reunirse periódicamente para compartir diagnosis y seguir la situación de los casos de riesgo así como de los casos de MF consumado, de manera que, detectado un caso, los profesionales integrados en las mesas comarcales convocarán a los profesionales del área que puedan tener conocimiento del mismo para comenzar la intervención. Dichas comisiones territoriales deben estar integradas por profesionales de los siguientes ámbitos: educativo, de la salud, cuerpos de seguridad, servicios sociales, atención a las mujeres (SIAD y SIE), atención a la infancia y la adolescencia, inmigración y acogida y otros ámbitos.

Tras apenas un año de vigencia del Protocolo, el 14 de febrero de 2021, se produjeron en Cataluña las elecciones autonómicas que dieron lugar a la actual legislatura, la XIV, y a un nuevo gobierno autonómico.

Con el cambio de legislatura, se creó el Departamento de Igualdad y Feminismos, conformado, entre otras, por la Dirección General de Migraciones, Refugio y Antiracismo y por la Dirección General para la Erradicación de las Violencias Machistas, lo que comportó un nuevo impulso y un cierto cambio en la estrategia para luchar contra los MFs. A partir de ese momento, el Departamento de Igualdad y Feminismos emprende un proceso de revisión del Protocolo de 2020, pretendiendo mejorar aspectos que no se consideraba estuviesen suficientemente contemplados hasta el momento. Al mismo tiempo, se aprueba el Protocolo Marco para una Intervención con la Diligencia Debida en situaciones de Violencia Machista, que deviene un nuevo documento marco en el que se incorporan las actualizaciones de la Ley 5/2008 catalana operadas por la Ley 17/2020, surgida a consecuencia de las propuestas de modificación realizadas por la Comisión de Igualdad de Parlamento catalán en su informe de evaluación tras 10 años de vigencia de la Ley 5/2008. La Ley 17/2020 del Parlamento catalán modifica la Ley 5/2008 en el sentido de aclarar que la norma protege a mujeres transgénero, cisgénero y personas no binarias, regula la violencia institucional como ámbito y define la diligencia debida, introduce la regulación de las violencias digitales, define el consentimiento sexual y amplía los tipos de violencia en el ámbito social y comunitario.

Actualmente, en lo que a la lucha contra los MFs se refiere, institucionalmente, la atención se centra fundamentalmente en dos ejes: en la prevención de posibles casos y en la reparación de las víctimas, tanto a nivel del caso concreto como a un nivel más estructural, tal como se deduce de este extracto de entrevista:

«La idea es trabajarlo todo en concordancia con el nuevo protocolo marco que tenemos sobre violencia machista, que se focaliza en dos áreas de intervención. Prevención a nivel concreto, que es lo que estamos habituados a hacer, pero también prevención estructural, es decir, sacar conclusiones de lo que falla en la prevención estructural. Y después un eje que tiene que ver con la reparación, que sería reparación para la recuperación de la víctima. Debemos determinar si las víctimas de matrimonios forzados realmente necesitan apoyo especializado o pueden usar los recursos de la red de servicios contra la violencia machista (...). Y luego hay un segundo nivel de reparación, que garantiza la no-repetición. Es decir, si el matrimonio ha tenido lugar finalmente. En este sentido, tenemos que garantizar la no-repetición, porque el matrimonio se ha consumado y también porque el nuevo protocolo marco pone el foco en la violencia institucional» (E1)

En el ámbito de la reparación a nivel del caso concreto, la revisión del Protocolo se hace implicando a las supervivientes en el diseño de la respuesta ofrecida, como también se refleja en la entrevista:

«La idea es implicar a las víctimas y las supervivientes en el diseño de esta respuesta, de manera que puedan decirnos qué les gustaría encontrar (...)» (E1)

Además, en la actualización del Protocolo también se ha adoptado una perspectiva antirracista, que se define como eje transversal de toda la política pública en Cataluña, y en particular en el abordaje de todas las violencias machistas. Esto porque se considera que los casos de MF no han recibido la suficiente atención como manifestación de la violencia de género que afecta mayoritariamente a mujeres extranjeras, lo que ha ido en detrimento de su visualización. Quiere, pues, dejar de enfocarse esta realidad como fenómeno estrechamente vinculado a los movimientos migratorios, evitando la estigmatización de determinadas culturas, superando su vinculación exclusiva con determinadas prácticas culturales o religiosas, para pasar a abordarlo sobre todo como una manifestación de la violencia de género. Así lo pone de manifiesto el siguiente extracto de entrevista:

«Primero los Mossos tomaron el liderazgo, que después paso al Departamento de Migraciones, porque el Protocolo de 2020 fue elaborado por ese Departamento, y ahora, en Igualdad y Feminismos, se hace la reflexión de que esto no tiene nada que ver con las migraciones. No se trata, como llevamos tiempo diciendo, de una práctica de naturaleza cultural o religiosa llevada a cabo por migrantes. Tiene que ser entendida, y esta es la idea que queremos reforzar, como otra forma de manifestación de la violencia contra las mujeres, que no es demasiado diversa de la violencia que sufrieron nuestras abuelas en forma de matrimonios concertados» (E1)

De ahí precisamente que se ponga el acento en el principio de diligencia debida y en la vinculación de la aproximación institucional a los supuestos de MF con la política de asilo en dicha revisión, como también se deduce del siguiente extracto de entrevista:

«También como una de las novedades que se incorporan, y que no habían estado abordadas por los dos anteriores protocolos [*en referencia al de 2014 y al de 2020*] es la conexión con el área del asilo, con la protección internacional y con la trata de seres humanos. En otras palabras, parece que estamos mirando a los marcos legales [*en referencia al de la violencia de género y al del asilo e inmigración*] separadamente, sin ver la interseccionalidad que en ocasiones presumimos. Lo que vemos es que la gente está formada solo en su específico marco legal y no conecta estas realidades. Lo que queremos es entender esta complejidad y ofrecer respuestas a mujeres que llegan por la vía del asilo (...) las respuestas están excesivamente compartimentadas» (E 1)

Fruto de este proceso de revisión, el pasado 17 de octubre de 2023, la Comisión Nacional para una Intervención Coordinada de la Violencia Machista aprobó el Modelo de Abordaje de los MFs, que incluye también un conjunto de medidas dirigidas a mejorar la prevención y la reparación de las mujeres que los padecen, ampliando la mirada para abordar esta realidad, como se deduce de las siguientes palabras de esta entrevista:

«Por esto estamos revisando el Protocolo de 2020. Porque pensamos que venimos de una visión muy cerrada de esta violencia y que de alguna manera debemos promover un nuevo paradigma para acercarnos a esta realidad» (E 1)

3.2. Buena práctica 2: preparación de protocolos locales de abordaje de los matrimonios forzados

Paralelamente al trabajo llevado a cabo en el seno del Departamento de Igualdad y Feminismos para la revisión del Protocolo de 2020, han surgido diversas iniciativas en el ámbito local en distintas comarcas catalanas que están trabajando para tener sus propias guías de actuación y herramientas para ofrecer una respuesta más especializada al fenómeno del MF, precisamente en cumplimiento de la sugerencia derivada del Protocolo catalán de 2020, en el sentido de que debían vertebrarse comisiones territoriales vinculadas con las mesas comarcales instituidas para abordar la violencia machista. El principal objetivo de estas iniciativas locales es contar con un mecanismo más específico que el ofrecido a nivel autonómico, aunque en el marco del Protocolo catalán, para activar y coordinar una respuesta más efectiva frente al MF. Esta aproximación parte de la consideración de que la protocolización de estrategias para combatir casos de MF y para articular un circuito de asistencia victimal singularizado por áreas geográficas específicas puede constituir una herramienta muy útil para los profesionales que operan en los ámbitos comarcal y local y abordan este tipo de violencia contra las mujeres.

Estas iniciativas protocolizadoras más locales se han venido desarrollando, como se ha apuntado, para complementar el Protocolo catalán de 2020. La idea tras esta buena práctica a nivel regional es incrementar la efectividad en la lucha contra los MFs y en la atención a las víctimas mediante la actuación y coordinación de forma más específica de los actores en el territorio. En tal sentido, cuando se detecta una situación de MF, la activación inicial de recursos asistenciales e institucionales tiene lugar a nivel comarcal y local, que es desde donde se coordina la respuesta al menos inicialmente. Esta respuesta inicial presenta relevantes retos, como la necesidad de separar rápidamente a la víctima de la familia, por lo menos en las situaciones de riesgo inminente, proveyéndola de recursos residenciales, lo que comporta la necesidad de una respuesta rápida y coordinada entre los operadores en el territorio, así como la pertinencia de contar con recursos suficientes para asegurar la protección y los derechos de las víctimas. De ahí que instituciones administrativas más apegadas al territorio, de ámbito municipal o incluso supramunicipal, como los Consejos Comarcales, puedan tener un papel relevante en el impulso de estas respuestas más focalizadas, que además deberían ser proporcionadas a las necesidades del concreto territorio. A juzgar por los datos de los Mossos d'Esquadra, dichas necesidades pueden no ser

las mismas en zonas como el área metropolitana de Barcelona, y las tres regiones policiales que la integran —que es donde más casos se han detectado entre 2009 y 2021 (n=101)— o en Girona o Lleida —que siguen en número de víctimas detectadas al área de Barcelona, n=55 y n=15, respectivamente— que en zonas como el sur o la zona central de Cataluña, donde apenas se ha detectado todavía esta práctica³.

La conveniencia de adoptar este tipo de iniciativas más locales y, por ello, más especializadas, ha sido destacada en cinco de las entrevistas llevadas a cabo (E1, E2, E4, E5 y E6). Debe tratarse de la identificación de servicios a nivel local que cumplan con estándares de calidad determinados por la administración, porque, como una entrevistada nos decía: «aunque una entidad haya sido referencia, pionera y activista en hacer visible esta realidad (...), la cuestión es que lo que es servicio especializado debe ser definido por la administración a través de estándares que puedan ser verificados. En otras palabras, todavía necesitamos trabajar en definir qué significa servicio o entidad especializada» (E1). Los siguientes extractos de entrevista dan cuenta de la necesidad de esta intervención más especializada como la razón que impulsa la adopción de estas iniciativas:

«La idea de crear un protocolo local tiene que ver con la cuestión de la especialización. Es decir, creemos que seguramente la respuesta puede no ser solo local. Al final, cuando se detecta una situación de matrimonio forzado, toda la activación de recursos se lleva a cabo a nivel municipal, a nivel local, que es donde están los servicios que articulan la respuesta en un primer nivel, en un primer momento. Pero precisamente porque la respuesta requiere de una cierta especialización, nos pareció que a nivel comarcal podía proveerse esa respuesta, teniendo en cuenta que seguramente hay que buscar recursos que están fuera de la familia (...). Intervenimos porque a nivel territorial podemos articular servicios más especializados que son necesarios en el municipio, y como Consejo Comarcal podemos hacerlo. Es decir, si tenemos que buscar un recurso para ayudar a una mujer víctima de un matrimonio forzado, un recurso residencial, seguramente como Comarca, considerando que la persona debe abandonar su casa, quizá a nivel comarcal puede activarse todo esto» (E 4)

«En este caso [*la entrevistada se refiere a un supuesto de MF que llegó a los servicios del Consejo Comarcal*] es cuando pensamos que sería bueno sentarse con todos los profesionales y al mismo tiempo usamos el protocolo de la Generalitat buscando en detalle cómo operar a través de todo el circuito (...). Por una parte, hay un protocolo para prevención y abordaje en casos de violencia. Así que hay espacios regulares de encuentro en los que los diferentes servicios se reúnen y comparten preocupaciones o necesidades. Por otra parte, hay un espacio para trabajar en casos que requie-

³ Tales datos policiales por regiones policiales pueden ser consultados en https://mossos.gencat.cat/ca/els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/dades_obertes/Visors_altres_dades/visualitzacio_matrimonis_forcosos/.

ren intervención más extraordinaria o inmediata, como sería el caso de los matrimonios forzados» (E 5)

Los datos cualitativos procedentes de tres entrevistas realizadas en el marco de esta investigación (E 4, 5 y 6) han permitido confirmar que este tipo de iniciativas locales se han producido en las comarcas del Vallès Occidental y de La Segarra. Otra de las entrevistas realizadas (E 2) apunta a que en el área de Olot (La Garrotxa, Girona) podría estarse desarrollando un instrumento de este tipo, habiéndose delineado un modelo de intervención comarcal; sin embargo, dicha información no ha sido confirmada con profesionales que hayan intervenido directamente en su preparación. Centrándonos en los dos territorios donde la existencia de estas iniciativas ha podido confirmarse, se trata de dos áreas geográficas diversas desde un punto de vista demográfico y socio-económico, aunque en ambas se han detectado casos de MFs. El Vallès Occidental constituye un área geográfica con una población de alrededor de 950.000 habitantes, que pertenece a la conurbación de Barcelona, integrada por 23 municipios, cuyas capitales son Sabadell y Terrassa. Por el contrario, La Segarra constituye un área rural perteneciente a la provincia de Lleida, con una población total de no más de 23.000 habitantes, cuya capital es Cervera. En ambos casos ha sido el Consejo Comarcal respectivo, el del Vallès Occidental y el de La Segarra, la administración local supramunicipal que ha adoptado la iniciativa. Ambos Consejos Comarcales tienen sus correspondientes planes de intervención en materia de violencia contra las mujeres⁴; sin embargo, mientras el del Vallès Occidental hace referencia expresa al MF, no lo hace así el de La Segarra, aun siendo más reciente.

El proceso conducente en ambos casos a adoptar esta iniciativa no diverge en exceso, si bien el nivel al que se ha avanzado en el desarrollo de los trabajos para realizar un protocolo local y la tipología de supuestos que les llegan sí son diversos. En los dos Consejos Comarcales parece que la razón que en mayor medida conduce a plantear la necesidad de un protocolo es la situación de las víctimas menores en riesgo urgente de contraer que en primer término se visibiliza en los centros educativos a los que estas acuden antes del llegar al Consejo Comarcal. Existen determinadas circunstancias o indicios que en algún momento hacen saltar la alarma a los docentes, que acuden a los servicios sociales vinculados al Consejo Comarcal. Por ejemplo, que en un contexto en que se plantea que la menor deje de estudiar y regrese al país de procedencia de los pa-

⁴ El plan de políticas de género del Consejo Comarcal del Vallès Occidental puede ser consultado en: https://www.consellvallesoccidental.cat/wp-content/uploads/recent-pla_politiques_genere_ccvoc.pdf. El correspondiente plan del Consejo Comarcal de La Segarra puede consultarse en: https://drive.google.com/file/d/1YzrYMuWpGJfvEYppVX6Zu1sM8q_OscEC/view.

dres, además «el padre estaba enseñando a su hija un catálogo de fotos de hombres de su país de origen» (E 6). Por esa razón, la intervención con menores constituye uno de los aspectos que más preocupa a estas profesionales y la que en gran parte explica que se adopte este tipo de iniciativa local, como una de las entrevistadas explícitamente reconocía: «el mayor obstáculo es que son víctimas menores; el trabajo que tiene que realizarse es muy complicado, porque la activación de recursos probablemente implique tener que privar a los padres de autoridad parental» (E 4).

No tan similar es la tipología de casos que les llegan ni lo avanzadas que se hallan las tareas de la elaboración del protocolo local. En el Consejo Comarcal del Vallès Occidental, pese a que han avanzado sustantivamente en la realización del protocolo local y parece haber mucha concienciación entre los profesionales acerca de su necesidad, no se han visto directamente demasiados supuestos de MFs; los pocos identificados son casos de riesgo que implican a menores con familias originarias del Pakistán. Por el contrario, en el Consejo Comarcal de La Segarra, en que los trabajos relacionados con la realización del protocolo local se hallan en un estadio de desarrollo menor, sí se han detectado más casos que afectan en menor medida a menores en riesgo que a mujeres que ya han contraído y quieren poner fin a ese matrimonio procedentes del África Subsahariana. De esta diversidad de situaciones dan cuenta los siguientes extractos de entrevista:

«Me he encontrado con situaciones de matrimonios forzados de menores procedentes de Pakistán. De hecho, mi experiencia es muy limitada y me han pedido asesoramiento en dos casos. En una primera intervención no identifiqué a las menores porque son situaciones que se dan en municipios de la comarca. Luego, me pidió intervenir el consejo comarcal, y en otro de los casos, en el que estamos interviniendo ahora, hemos identificado a la menor. Son situaciones de posibles matrimonios forzados que no se han materializado, pero hay riesgo de que ocurran» (E 4)

«Eran 3 menores y una adulta [*las víctimas detectadas*], pero una adulta muy joven. De hecho, cuando se inició el caso, le faltaban pocas semanas para ser adulta. Ambos casos se detectaron a través del colegio. Las mayores, que tenían entre 16 y 17 años, estaban terminando sus estudios. En coordinación con su orientador escolar, manifestaron que querían hacer una pausa en sus estudios porque estaban pensando en hacer un viaje a su país. A partir de ahí, cuando sus profesores hablaron con ellas, detectaron indicios que podían ser indicativos de una posible situación de matrimonios forzados (...). Aunque hemos tenido ambos casos, no es una situación habitual. Es decir, cuando decimos que no es una situación habitual, significa que no es una sospecha que nos llega antes de que se haya producido el matrimonio forzado. Normalmente vemos casos cuando los matrimonios forzados ya se han consumado, cuando estas chicas no se sienten bien y quieren romper con todo esto» (E 5)

Con todo, estas entidades han experimentado dificultades que han comportado que nos hallemos frente a un proceso inconcluso en ambas comarcas. De un lado, se observa como la pandemia comportó en uno de los casos la interrupción de los avances que se habían producido en este campo. Como una de las entrevistadas indicaba: «Se comenzó a trabajar en un protocolo y en formas de detectar los casos. Se había hecho trabajo interesante, pero la pandemia interrumpió el trabajo que se había estado haciendo hasta ese momento» (E 5). De otro, se ha indicado ya como estos protocolos locales habían comenzado a diseñarse precisamente para complementar el protocolo catalán. Hallándose el mismo en proceso de revisión, las iniciativas locales se han mantenido en espera de lo que determine el documento marco. Así lo refleja el siguiente extracto de entrevista:

«Estamos intentando trabajar con el protocolo catalán y el protocolo comarcal al mismo tiempo. Estamos esperando a que se termine con el protocolo catalán antes de trabajar con el protocolo comarcal. (...). Como nos indicaron que el Protocolo de la Generalitat iba a ser revisado, decidimos esperar para trabajar en el protocolo comarcal» (E 4)

Tal afirmación hace presuponer que, una vez aprobado el Modelo de abordaje de 2023, las tareas de elaboración de este tipo de instrumentos locales deberían reemprenderse.

3.3. Buena práctica 3: programa de apoyo a las víctimas de matrimonios forzados de entidades especializadas

En relación con esta tercera buena práctica, para ilustrar el contenido del programa de intervención con víctimas de MFs, tomamos como ejemplo, como caso estudio, el de la Fundación Valentes i Acompanyades (en adelante, ViA), puesto que se creó y opera en el entorno exclusivo de la lucha contra los MFs. La intervención en supuestos de MF y la atención a sus víctimas constituye un aspecto integrado de manera más o menos consciente en multiplicidad de servicios asistenciales, ya sean de la administración pública o del tercer sector, orientados a atender situaciones de violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja —puesto que los MFs pueden desembocar en ellas, también en el ámbito de la pareja tras contraerse, que es cuando acostumbran a visibilizarse para la mayor parte de operadores (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019a y b, Villacampa Estiarte, 2019)— o a atender a migrantes. Sin embargo, se selecciona como caso ejemplo el de esta entidad porque es la única de las halladas cuyo objetivo fundacional, desde que se creara en 2014, consiste en combatir los MFs como forma de violencia contra las mujeres que atenta contra su libertad y su integridad física y emocional. Tanto es así que ViA asiste alrededor de 40 adolescentes y jóvenes adultas al año se-

gún los datos publicados en su página web sobre víctimas asistidas entre 2019 y 2021, entre las que se cuentan tanto las mujeres con las que están directamente interviniendo como chicas que se aproximan a ellas como usuarias en busca de información o asesoramiento.

La entidad está radicada y opera fundamentalmente en la provincia de Girona, donde realiza sus actividades y donde trabaja en red con diferentes actores de dicha demarcación con los que se coordina a través de reuniones periódicas. También colabora con otros agentes en el ámbito catalán, participando en espacios de acción colectiva con instituciones públicas y otros servicios y entidades asistenciales. De manera que, por ejemplo, tomaron parte tanto en el grupo de trabajo que condujo al delineamiento del Protocolo catalán de 2020 como en el que ha comportado la reciente revisión del mismo a través del Modelo de abordaje de 2023. Asiste sobre todo a víctimas del área donde trabaja, aunque eventualmente también atiende a otras que proceden de otros ámbitos de la Comunidad Autónoma

Precisamente porque la lucha contra el MF constituye la razón de ser de ViA, su actividad se centra en las siguientes tres áreas⁵:

- **Sensibilización:** Cuentan con un plan de comunicación que se basa en llevar a cabo diferentes iniciativas colectivas para tratar de transmitir a la sociedad y a los profesionales la realidad de los MFs con el fin de mejorar su prevención y detección. En virtud del mismo, fomentan la creación de espacios donde se dé a conocer esta realidad no solamente a agentes sociales implicados en el trabajo en red para afrontarlos, sino también al conjunto de la población, con el objetivo de que sean proactivos en la defensa de los derechos de las mujeres que los padecen. Tratan, mediante las acciones de sensibilización que emprenden, que la defensa de los derechos humanos de las mujeres se integre en el sistema educativo y en nuestro imaginario cultural.
- **Prevención:** En este segundo ámbito desarrollan diversas acciones que podrían calificarse como estrategias de prevención secundaria de la victimización, de intervención en grupos de riesgo. En este sentido, desarrollan sesiones de apoyo a estudiantes de enseñanza secundaria para reforzar los aprendizajes escolares en materia de igualdad de género y otros valores relacionados con el respeto a los derechos humanos, junto a trabajar aspectos relacionados con la confianza en las propias posibilidades de éxito escolar, a través de un proyecto específico de apoyo escolar con el que cuentan. Al trabajar en el empoderamiento de las adolescentes, se aborda también la capacitación para resistir las presiones familiares

⁵ Información más detallada sobre su objetivo y funciones puede hallarse en su página web: <https://valentesiacompanyades.org/>.

y avanzar hacia la autonomía, anticipándose a tratar dichas cuestiones antes de que se presente una concreta situación de riesgo. Además, ofrecen atención psicológica ambulatoria a adolescentes que están siendo presionadas por sus familias y miembros de la comunidad para casarse en contra de su voluntad que acuden a la entidad como usuarias, sin estar alojadas en el recurso residencial de la misma.

- Intervención: en situaciones de riesgo inminente, han desarrollado un completo modelo de intervención a través del cual ofrecen un acompañamiento integral en la decisión tomada de no contraer el matrimonio al que su grupo de referencia familiar y social las empuja para afrontar el conflicto interno que sufren estas mujeres jóvenes y adolescentes, para empoderarlas e imbuirles fuerza y confianza, ayudándolas a trazar su plan para el futuro al tiempo que las informan de los recursos que tienen disponibles. Trabajan con cada víctima atendiendo a sus necesidades específicas a través de un plan individualizado que cubre distintos aspectos de intervención.

De los tres aspectos señalados que integran las actividades de la Fundación ViA, destaca como buena práctica el programa de intervención desarrollado por haber estado ideado específicamente para mujeres y adolescentes en riesgo de contraer. La Fundación ViA se considera a sí misma un recurso asistencial especializado en la materia, destacando por ser una de las pocas, cuando no la única, entidad del tercer sector en Cataluña especializada en la asistencia y el acompañamiento a chicas en riesgo más o menos inminente de contraer MFs. Como la entrevistada perteneciente a la junta directiva de la entidad nos decía: «para empezar, no hay demasiadas entidades que aborden específicamente el matrimonio forzado, así que la buena práctica consiste precisamente en haber comenzado a aproximarse a esta realidad» (E 2). Junto a esto, destaca que el modelo de intervención que implementan fue validado por la administración autonómica, al indicar «(...) cuando nacimos en 2014, hicimos un modelo de intervención para ver si se podía replicar en otros lugares; estuvimos en 2014 y 2015 justamente haciendo esta prueba piloto. Entonces, lo validamos de esta manera, y la Generalitat lo avaló. Con este modelo de intervención estamos haciendo formación» (E 2).

El programa de intervención que desarrollan está basado en un plan de trabajo individualizado para cada mujer atendida en el que se trabajan ocho áreas de intervención, que son la psicoemocional, la residencial o habitacional, la de formación laboral, la red socio-familiar, la de salud, la económica y la jurídico-administrativa. El acompañamiento que este programa individualizado comprende no tiene una fecha de finalización, adaptándose al ritmo de cada una de las chicas que atienden, marcándose objetivos a corto o medio plazo según cada caso. Esto porque son

conscientes de que cada situación tiene su complejidad, de manera que los planes de trabajo que tienen con las mujeres con quienes trabajan deben ser dinámicos, aunque siempre con el objetivo final de empoderarlas para que devengan mujeres libres y autónomas, capaces de tomar sus propias decisiones. De las palabras de la entrevistada se deducen las señas de identidad del plan individualizado:

«Tiene que ser integral, sino sería muy difícil que salieran adelante. Cada una tiene unas necesidades específicas distintas. Nosotros trabajamos haciendo un plan individualizado para cada una, que es la visión integral. (...) Tenemos que pensar que la intervención es a largo plazo y que se precisan recursos especializados, de manera que la víctima pueda finalmente desenvolverse como una persona libre, que es lo que perseguimos» (E 2)

Se persigue con él que sea un proceso en el que se sientan acompañadas, pues se parte del entendimiento de que proceden de un ambiente familiar tóxico en el cual deberían haberse sentido seguras cuando no se han sentido de esta manera, y que en lugar de protegerlas las ha dañado. La organización intenta transmitir a las chicas el acompañamiento que precisan pero que han perdido, porque si la chica «se siente sola y no tiene acompañamiento, puede regresar y acabar aceptando la situación que le impone la familia, renunciando a sus derechos, cosa que quizá les da seguridad» (E 2). En definitiva, la representante de la entidad entrevistada sintetiza la esencia del programa de intervención empleado como «un acompañamiento efectivo» (E 2).

Los casos a los que ViA se enfrenta, pese a las singularidades de cada uno, al intervenir en situaciones de riesgo más incluso que en matrimonios ya consumados desde hace años, tienen la particularidad de afectar a adolescentes o mujeres muy jóvenes, todavía a cargo de sus padres o adultos de referencia, que son precisamente quienes las empujan a un matrimonio no querido, por lo que rechazarlo acostumbra a comportar como consecuencia la ruptura no ya con la comunidad, sino con la propia familia. Como las dos supervivientes nos dijeron:

«Cuando tomas una decisión así [*no contraer*], normalmente tienes que salir de ese entorno, no puedes quedarte con tu familia. Por supuesto, no puedes quedarte. Es imposible quedarse, así que tienes que tener un recurso de vivienda donde vivir hasta que te independices. En mi caso, tuve suerte porque estuve con una amiga durante algunas semanas hasta que encontré un recurso donde pude estar. De otro modo, no hubiese sido capaz de hacerlo» (E 7)

«Sí, casi todos los casos son iguales. Cuando llegas a los 16 o 17 años, quieren que te cases porque es lo que tienes que hacer y no puedes decir no. Es muy difícil decir no, y si dices no, acabas yéndote de casa. Es muy difícil decir no, y si te opones tienes que irte de casa» (E 8)

Precisamente por esta razón, porque las chicas asistidas se ven forzadas a abandonar su entorno familiar cuando las presiones a las que se las somete son demasiado intensas, el programa de intervención de ViA tiene como una de las principales áreas de actuación dentro de las ocho integradas en el plan de intervención la identificada con el ámbito residencial o habitacional. La entidad cuenta con recursos de alojamiento facilitados por la administración autonómica, donde conviven diferentes chicas que ya han contraído forzosamente o se hallan en riesgo de contraer y se han visto forzadas a dejar sus hogares familiares al negarse a hacerlo. Es aquí donde se inicia la fase de intervención, proporcionándoles una atención integral con el fin de ayudarles a tener un proyecto de vida propio, así como un lugar donde vivir, donde sus necesidades básicas estén cubiertas una vez se han visto obligadas a dejar su familia atrás, como se deduce del siguiente extracto de entrevista:

«Por eso, lo más habitual es que las chicas tengan que marcharse. Esto representa una herida psicológica muy grave para ellas. Tienen que dejar el entorno en el que han vivido, no es un compañero ajeno el que la maltrata en un momento dado, sino que es toda tu familia la que está ejerciendo violencia contra ella, que su familia no identifica como violencia, pero lo es, y a veces tienes que irte cuando eres muy joven (...). Tienen que madurar rápidamente con una herida muy fuerte. Necesitan un lugar donde vivir, y eso Valentes i Acompanyades se lo proporciona (...) Tenemos pisos que nos ha cedido la Generalitat por varios años. Allí hay chicas que han sido víctimas o que han sido coaccionadas para casarse. Allí los educadores y los integradores de Valentes i Acompanyades, junto al psicólogo, también trabajan en ofrecerles apoyo integral, además de proporcionarles un lugar donde vivir» (E 2)

Otro de los pilares fundamentales del plan de intervención con víctimas de MF de los ocho abordados, vinculado con las áreas psico-emocional y de la salud, se centra en el acompañamiento emocional y el apoyo psicológico. Ambos aspectos se consideran imprescindibles en el proceso de empoderamiento de estas chicas, hasta el punto de casi considerarlos una condición imprescindible, una suerte de prerrequisito, para que el resto de áreas del plan de intervención puedan funcionar, a juzgar por las siguientes palabras: «consideramos que esto es muy importante porque todos los demás servicios que podemos ofrecer, que también son necesarios, si no pueden llevar a cabo este trabajo psicológico, es posible que no puedan aprovecharlos» (E 2). En relación con el acompañamiento emocional, el mismo es prestado por mujeres del mismo grupo cultural o por mujeres empoderadas que pueden acompañar a las víctimas en el sentido de resistir las presiones de las familias porque conocen cuáles son el tipo de estrategias que estas emplean para forzar a contraer. Con el objeto de ofrecer apoyo psicológico, en ocasiones se recurre a terapias psicológicas especializadas que, aunque no son imprescindibles en todos los casos, están a disposición de la entidad si se precisan y pueden resultar muy beneficiosas. Esto porque, como una entrevistada nos indicaba:

«él o ella [*el psicólogo*] tiene las herramientas profesionales para introducirse gradualmente y saber qué está pasando, para lidiar con todas estas situaciones de ansiedad extrema, de sentimientos de culpa inducidos, de llanto, etc, de manera que esto no vaya más allá» (E 2). Cuando el impacto emocional inmediato se ha neutralizado, posteriormente, se inicia un proceso de recuperación emocional más profundo para ayudar a las víctimas a asumir plenamente sus experiencias y seguir adelante, para conseguir que ganen autonomía.

La extrema relevancia de este aspecto del programa de intervención fue también puesta de manifiesto por las supervivientes entrevistadas cuando les preguntamos acerca de qué necesidades de atención tenían las víctimas de este tipo de proceso. Una de ellas indicó que «sobre todo, apoyo emocional y psicológico; todo lo demás lo vas solucionando, pero sin terapia no te recuperas» (E 8). La otra apuntó que principalmente se precisa apoyo psicosocial, «tener una terapeuta, una profesional especializada en la temática, porque es una temática concreta y muy compleja, que te pueda ayudar a nivel psicológico a tratar todas las secuelas que eso produce en ti» (E 7).

Finalmente, un tercer aspecto clave en el plan de intervención individualizado es la educación. La capacitación educativa de las adolescentes y mujeres jóvenes que llegan a ViA no consiste en adquirir más conocimientos académicos, sino también en dotar a las chicas de una mayor capacidad de reflexión y de una mente más abierta. Esto les ayuda a comprender mejor su situación y lo que les ha ocurrido. Además, el plan tiene en cuenta el estadio educacional donde la chica se encontraba al acudir a ellos, a efectos de determinar cómo actuar con ella. Tales cuestiones se deducen del siguiente extracto de entrevista:

«Otra cuestión básica para nosotros es la educación. Depende de la persona: no sabemos en qué momento ha dejado el proceso educativo. Puede que venga de otro país y tenga un nivel educativo muy bajo; depende...Vemos el componente educativo como muy importante por dos motivos fundamentales. Por un lado, porque como más educación tiene una persona, mejor. Por otro, porque la educación es mucho más que la transmisión del conocimiento. Tener educación significa tener la mente abierta, reflexionar, y eso te ayuda. En ese sentido, es un aspecto en el que también trabajamos muy intensamente» (E 2)

Junto a los referidos tres pilares del plan de intervención, ViA también trabaja en otras áreas. Entre ellas, realizar las gestiones necesarias para que las mujeres a las que asisten puedan recibir apoyo económico, lo que les permite salir adelante con sus propios recursos, sin depender de su familia. En tal sentido, la capacitación laboral y su inclusión en el mercado de trabajo es también relevante. Además, aborda cuestiones jurídico-administrativas relacionadas con la tutela y representación legal de las chicas asistidas, si son menores de edad, así como las relativas con su regularización residencial, entre otras.

Las palabras de esta entrevistada, a quien la entidad la ayudó a superar la situación vivida, son muestra de la valoración tan positiva que hace del tratamiento que recibió de la organización, destacando el respeto que siempre mostraron hacia sus decisiones:

« (...) me ayudaron en la parte humana. Yo estoy ahora super orgullosa y muy contenta y super agradecida del proceso que hicieron conmigo porque en ningún momento me sentí forzada a nada, sino que supieron acompañarme para que yo fuera tomando decisiones y fuera partícipe de las cosas que iban pasando, aunque fuera más consciente o menos. Entonces, me ofrecieron un apoyo social increíble de acompañamiento y apoyo. Me pusieron en contacto con una profesional de la atención clínica. Es decir, una psicóloga que me pudiera acompañar especializada en violencia. Después, a nivel económico también me apoyaron, porque te decía que mi padre me sustentaba. Me encontraron un lugar donde vivir; encontraron un proyecto en el cual yo podía participar. También contactaron con la universidad y, por el expediente académico que yo tenía, que era bueno, me ofrecieron una beca para poder acabar el cuarto año de la carrera universitaria, porque si no, no lo hubiera acabado. Entonces, la verdad es que tanto de la asociación como de la propia universidad estoy súper agradecida porque han estado acompañándome durante el cuarto año de la carrera universitaria» (E 7)

3.4. Buena práctica 4: el papel de las «referentes» en la prevención del MF y la recuperación de las víctimas

Uno de los aspectos más relevantes que permiten a entidades especializadas no solo implementar su programa de intervención, sino ya incluso sensibilizar y prevenir la producción de MFs, es la labor desempeñada por chicas que han pasado por un MF o han estado en riesgo de contraer y han superado con éxito la situación. La investigación ha permitido constatar que algunas de estas mujeres acaban desempeñando un papel importante en la organización como mentoras de otras chicas que están siendo asistidas en la actualidad. Estas mentoras pertenecen al mismo grupo cultural que las mujeres y adolescentes que entran en contacto con la entidad y han pasado por su misma experiencia, por lo que pueden convertirse en agentes clave en la atención a las víctimas. Además, son un activo valioso para la detección y prevención de posibles casos, así como para sensibilizar a las comunidades afectadas sobre las consecuencias negativas del MF para los derechos humanos. A estas supervivientes, que después vinculan su actividad de manera más o menos formalizada con la organización, se las denomina en ViA «referentes», como se deduce del siguiente extracto de entrevista:

« (...) las referentes, es decir, jóvenes con quienes hicimos un trabajo de campo en el año 2012-2013 que habían pasado una situación similar y habían salido o estaban saliendo en aquel momento. Siempre estamos hablando del trabajo desde la proximidad del grupo comunitario, que las

chicas pasaban a ser referentes para otras jóvenes que tenían el mismo problema y que conocían a otras chicas que también se habían enfrentado con la familia (...)» (E 2)

Algunas de ellas han pasado previamente por la organización a la que después se vinculan ofreciendo sus servicios profesionales. Este es el caso de una de las entrevistadas (E 7) quien, tras tener que abandonar su hogar familiar cuando la presión para contraer fue insostenible, pudo, como se ha visto, culminar sus estudios de psicología gracias al apoyo de la entidad con la que actualmente, ya como psicóloga titulada, está vinculada. En otros supuestos, no han tenido contacto previo con la entidad especializada con la que colaboran, sino que han conocido de su existencia tras pasar por el proceso, una vez lo han superado. Este es el caso de otra de las entrevistadas (E 8), quien era ya económicamente autosuficiente y contaba con un trabajo en el ámbito de la salud en el momento de tener que abandonar su hogar familiar, por lo que no entró en contacto con la entidad en la que ahora colabora hasta haber dejado atrás la amenaza del MF. En todo caso, se trata de mujeres supervivientes que, tras haber pasado por esta situación y haberla superado a menudo sin el apoyo de sus familias, pero sí de entidades que operan en el tercer sector o, eventualmente, de servicios administrativos de atención social y a la infancia, dedican todo o parte de su tiempo a trabajar en la sensibilización, prevención e intervención frente a esta realidad en este tipo de entidades. Dicha colaboración puede ser en términos de voluntariado, pero también como una actividad profesional con distintos niveles de dedicación, como se deduce de estos extractos de entrevista:

«Trabajo con ViA como referente, pero de forma muy ocasional. Trabajo en otra organización que ayuda a mujeres víctimas de la violencia de género» (E 7)

«Ahora trabajo allí, pero empecé como voluntaria. Así que veo a todas las chicas que pasan por aquí» (E 8)

En lo que a su participación en las áreas de sensibilización y prevención de la victimización se refiere, intervienen en charlas organizadas por la entidad con miembros de las comunidades afectadas. En las mismas, a las referentes, que acostumbran a ser percibidas como culturalmente más próximas a las personas destinatarias de la acción y como pertenecientes a la misma comunidad, a menudo les resulta más fácil conectar con estos destinatarios, que suelen ser chicas, pero que también pueden ser varones. Este tipo de acciones emprendidas por mujeres que pueden ser punto de referencia por pertenecer a la propia comunidad —por no ser vistos como agentes portadores de patrones culturales occidentales que se entrometen y fiscalizan prácticas ajenas a su tradición con espíritu evangelizador o civilizador— pueden tener más efectividad. Como una de las entrevistadas nos decía: «si esta generación consigue acabar

con esta práctica, lo más probable es que las hijas de esta generación no continúen con ella» (E 2). La conveniencia de que sean personas pertenecientes a la misma comunidad en la que la práctica se produce, que no sean percibidas como ajenas, se deduce también del siguiente extracto de otra de las entrevistas realizadas:

«Pero, por encima de la cuestión institucional, lo que necesitamos es (...) sobre todo personas de las propias comunidades que nos puedan aportar ese necesario conocimiento de la realidad de ciertos colectivos, de ciertos grupos que están viviendo en Cataluña y que no tenemos suficiente conocimiento de que existen. Deben organizarse porque debemos incorporarlos para el abordaje de los matrimonios forzados (...). Debemos poder trabajar de alguna manera ciertas cuestiones culturales que debemos tener en cuenta a la hora de abordar estas situaciones. Necesitamos mediadores, debemos dar un paso más y debemos trabajar de una vez por todas en esta cuestión y en otras con estos colectivos de forma organizada. No puede ser que, a estas alturas de nuestra historia, en Cataluña que tenemos personas migradas desde hace mucho tiempo, estas personas migradas no tengan un cierto poder para decirnos cómo se llevan a cabo ciertas prácticas en sus propios entornos. Debemos tener una comprensión de la realidad de una forma más profunda» (E 4)

Con ser más efectiva cuando ellas la llevan a cabo, esta labor preventiva y sensibilizadora también puede conducir a que las mentoras sean estigmatizadas por estas comunidades. Sobre todo, porque son ellas quienes, sabiendo de esta realidad desde dentro, tienen conocimiento previo de casos, son observadoras privilegiadas para detectar potenciales casos y colaboran en la detección de chicas en riesgo de ser sometidas a MFs gracias a sus contactos en las comunidades y en los entornos familiares en los que esta realidad puede estarse produciendo. Así se deduce de las palabras de esta entrevistada: «Estas chicas referentes nos traían casos porque estaban al tanto de lo que ocurría en su entorno inmediato y nos traían situaciones como esta» (E 2). Precisamente por su colaboración con agentes externos a la familia o la comunidad, por su papel de puente entre dos mundos —el que estas chicas viven dentro de los hogares en los que han crecido y el que hay fuera, en la sociedad en la que se han criado—, pueden ser vistas como una amenaza a la tradición a la que se mantienen fieles sus familias y las comunidades a las que pertenecen. Como una de las entrevistadas indicaba: «en mi familia sé que ha habido muchos matrimonios de conveniencia y matrimonios forzados. Lo que pasa es que para mi familia yo he sido un caso particular, porque en todos los demás casos que conozco de primos menores o mayores, su punto de vista o su forma de afrontar la situación fue ceder» (E 7).

En concreto, en lo que a la prevención en situaciones percibidas como de riesgo no inminente concierne, el acompañamiento de las mentoras capacita a las chicas para que tomen consciencia de las presiones familiares que reciben, ayudándolas a resistir la influencia de los deseos de su

familia o de su comunidad respecto del matrimonio cuando no coinciden con los propios deseos. Las mentoras conocen las estrategias utilizadas para presionar a estas chicas porque han pasado por las mismas experiencias, por lo que su ayuda es muy eficaz para detectarlas. Como una de las entrevistadas nos decía:

«Ellas mismas [*las referentes*] hablaban con chicas que se estaban viendo obligadas a casarse. Estas chicas se daban cuenta de que ellas habían resistido. Pues bien, como íbamos haciendo una conversación con estas chicas, finalmente también algunas decían que tampoco querían pasar por eso. En aquella época sobre todo era muy importante, y ahora también lo es, el viaje al país de origen. Un viaje supuestamente para visitar a familiares o para ir a ver a los abuelos que hace tiempo que no ves, y cuando estaban allí les quitaban la documentación y las casaban allí contra su voluntad. Tuvimos que evitar bastantes viajes, justamente porque los referentes que formaban parte del mismo grupo cultural que ellas hablaban con ellas y les hacían ver la peligrosidad de ese viaje» (E 2)

Cuando la presión familiar es demasiado intensa y el riesgo de MF deviene inminente, la chica se verá obligada a abandonar su hogar, y tendrá que iniciar un proceso de recuperación en un recurso residencial. También en esta fase de intervención, en que a menudo ya se ha producido la separación de la chica de su hogar familiar, el papel desempeñado por las referentes para el mantenimiento en el programa es determinante. En este proceso, el acompañamiento y la intervención de las supervivientes es fundamental sobre todo a nivel emocional y psicológico. Como una de las entrevistadas reconocía, ellas prestan «sobre todo el apoyo emocional y psicológico; hacerles ver que no están solas, que hay personas que han pasado por lo mismo que están pasando ellas y que al final lo superas» (E 8). Cuando flaquean las fuerzas de las chicas que pasan por esta situación durante la intervención, este tipo de apoyo es determinante. Como destacan las palabras de esta entrevistada: «en todo el proceso de recuperación, ellas [*las mentoras*] son fundamentales, porque muchas veces las víctimas tienen recaídas, porque echan de menos a alguien, porque se sienten inseguras, etc.» (E 2). Además, contar con las referentes también puede ayudar a acelerar el proceso de recuperación, de empoderamiento, conducente a adquirir autonomía personal, puesto que son casos de éxito, ejemplos de lo que las chicas que todavía están pasando por el proceso pueden alcanzar.

3.5. Buena práctica 5: la aproximación de la policía autonómica catalana a los matrimonios forzados

La aproximación policial a los MFs por parte de la policía autonómica catalana, el cuerpo policial Mossos d'Equadra, constituye la quinta y última de las buenas prácticas destacadas en el abordaje de los MFs

en Cataluña precisamente por su carácter claramente victimocéntrico y muy proactivo, por contraposición a abordajes más criminocéntricos y reactivos propios de enfoques policiales. El CME ha sido pionero en la identificación y la gestión ordenada de esta realidad incluso en Cataluña desde que en 2009, en el marco del Programa de Seguridad contra la Violencia Machista diseñado por el Departamento de Interior, se aprobara el Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los MFs. El Programa de Seguridad contra la Violencia Machista se aprobó como herramienta a través de la cual el Departamento de Interior orienta, propone, impulsa, dirige y lleva a cabo acciones estratégicas en el ámbito de este Departamento y también en un contexto interdepartamental en materia de violencia machista desde el marco de la seguridad pública, pero interpellando también al sistema de protección y atención de las menores y mujeres que sufren violencia machista. En su seno, a través de una comisión de trabajo integrada por los responsables de los Grupos de Atención a la Víctima (en adelante, GAV), de las Oficinas de Atención a la Ciudadanía y de las Áreas Básicas Policiales, se elabora el Modelo de Atención Policial a Mujeres que sufren Violencia Machista, cuyo principal objetivo es establecer un modelo de intervención policial estandarizado y comprensivo de aplicación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Busca determinar los circuitos de atención a la violencia machista tal como la describe el art. 4 Ley 5/2008 del Parlamento catalán.

Entre las formas de violencia machista que incluye dicho precepto, los MFs se recogían ya como una forma de violencia sexual que opera en el ámbito familiar; así como social y comunitario. Aunque en el año 2009 eran pocos los casos detectados en Cataluña de ese tipo de violencia contra las mujeres, su reflejo en normativa autonómica para luchar contra la violencia machista, la consideración de que estas prácticas eran delictivas pese a que todavía no se hubiese tipificado el delito de MF en el CP español, la sospecha de que había supuestos que se estaban ya produciendo en Cataluña añadida a la dificultad de detectarlos, al producirse en el entorno familiar frente a víctimas altamente vulnerables por la edad a las que resulta enormemente complejo trascender a la familia en busca de apoyo, condujo a aprobar el Procedimiento de Prevención y Atención Policial a los MFs. Conscientes de la dificultad de perseguir estas conductas una vez se han producido, sobre todo si se ha conducido a la víctima a contraer en el extranjero, el objetivo del Procedimiento es visibilizar y abordar los MFs para proteger a las víctimas potenciales desde la prevención o cuando esta práctica ya se ha consumado. En concreto, persigue facilitar a los miembros del CME el conocimiento de esta realidad dotándoles de directrices operativas para afrontarla.

Con dicho fin, ofreciendo una descripción sintética pero muy ajustada de un fenómeno que hace quince años prácticamente se desconocía en España —aunque quizá vinculándolo en exceso con determinadas minorías culturales—, que relaciona con ciertas prácticas familiares emprendidas para preservar el honor familiar, lista ya posibles indicadores

de riesgo en cinco ámbitos (educación, salud, trabajo, historia familiar, involucración policial). Junto a esto, delinea los parámetros de la actuación policial en cuatro fases:

- Fase 1 o de información y prevención: en que debe difundirse información sobre esta realidad para prevenirla entre los profesionales que pueden afrontarla, contando con la colaboración de personas, entidades o grupos de los mismos colectivos donde estas prácticas tienen lugar y realizando campañas informativas a los colectivos de riesgo. En la entrevista realizada con una agente policial para esta investigación, en relación con esta fase, afloró que «la policía realiza mucho trabajo preventivo» (E 3).
- Fase 2 o de detección: se insiste en la necesidad de la formación profesional, sobre todo de agentes policiales, para facilitar la detección precoz de casos, tomando particularmente en cuenta que los mismos acostumbran a producirse dentro del entorno familiar más inmediato de la víctima. En la referida entrevista se evidenció como, pese al trabajo preventivo que realiza la policía, no les llegan muchos casos, puesto que las chicas «no van a la policía pidiendo ayuda, sino que los casos son diferentes» (E 3), en el sentido de que pueden aflorar cuando las chicas todavía no han sido forzadas a contraer, sino criadas conforme a dictados patriarcales, y los agentes deben ser conscientes de que el riesgo existe, pues a decir de la entrevistada:

«No hay coacción o amenazas. Es simplemente el miedo de que el matrimonio forzado se acabará produciendo. Estas chicas son ayudadas por nosotros en el ámbito de la seguridad y el empoderamiento. Las familiarizamos con entrar en una comisaría de policía porque están en una situación de riesgo» (E 3)

Además, puede que los casos que detecten sean solo los de mujeres empoderadas, como se deduce del siguiente extracto:

«Vemos muy pocos [casos de MF]. De los casos que he visto en mis años de experiencia, muchos son de chicas empoderadas que van a la universidad. Tengo una ingeniera industrial, una que estudió ciencia política, varias enfermeras, una doctora, etc. La mayoría han realizado estudios superiores o tienen un título universitario» (E 3)

- Fase 3 o de atención: en la que se determina la necesidad de documentar bien el caso y contrastar la información ofrecida por la víctima —que es habitualmente la denunciante— para efectuar una adecuada valoración del mismo y conocer el grado de riesgo existente. El circuito y la forma de operar varían según el riesgo sea o no urgente y la víctima sea menor o mayor de edad. Cuando el riesgo es no urgente, debe producirse la derivación a agentes de la administración asistencial —a los servicios y operadores im-

plicados en la Red de Atención y Recuperación Integral para las Mujeres en Situación de Violencia Machista— para ver si el trabajo con la familia puede neutralizarlo, reservando la derivación del caso a la justicia penal a los supuestos de riesgo urgente o aquellos otros en que el trabajo familiar no ha neutralizado el riesgo, sobre todo frente a víctimas menores. Junto a tales indicaciones acerca de cómo proceder en la derivación de los casos, el documento ofrece pautas a los agentes acerca de cómo intervenir adecuadamente al afrontarlos: tratando a la víctima con empatía y respeto, convenciéndola de que puede confiar en la policía, no considerando que es una cuestión no policial, designando una persona de referencia del correspondiente GAV que lleve el caso respetando al máximo posible las demandas de la víctima, valorando si puede haber otras personas del entorno de la víctima en peligro o informando a la víctima sobre todos los recursos a su alcance y sobre sus derechos. Añade también que no debe intentarse mediar entre la víctima y la familia, y que debe contactarse con la familia solo cuando la víctima muestre su deseo de hacerlo y cuidando de que miembros de la misma o determinadas personas del entorno de quienes la víctima parece recelar hagan las veces de intérpretes, entre otras recomendaciones. La relevancia que tiene tanto la edad como la voluntad de las víctimas al determinar la forma de abordar estos casos se pone de manifiesto en las siguientes palabras de la entrevistada:

«Hemos estado trabajando con delitos asociados con los matrimonios forzados durante bastantes años y, por tanto, cuando tienes un caso tienes que ver qué tipo de delito se ha cometido, si quieren denunciar o no, si son mayores de edad o no, etc. Es muy diferente si la víctima es una menor o una adulta, porque si es una menor, tenemos que llamar al servicio de infancia para saber qué pasa con la chica, si va a un centro de menores, si continúa con la familia, si pasa a estar tutelada, etc.» (E 3)

- Fase 4 o de recuperación: supone hacer un seguimiento del caso hasta que se considere superado, en el sentido de que el riesgo se entienda neutralizado tanto para la víctima como respecto de otros posibles casos existentes en el entorno donde se ha actuado. Se trata de acompañar paulatinamente a la víctima en su proceso de recuperación. Proceso en el que adquiere capital importancia la intervención del agente policial integrado en el GAV, que es quien actúa como puente con los servicios y operadores implicados de la Red de Atención y Recuperación Integral para las Mujeres en Situación de Violencia Machista.

En el diseño de esta estrategia policial se observa la relevancia que se concede a los GAVs, que son unidades especializadas de los Mossos d'Esquadra encargadas de ofrecer protección, seguimiento y asesoramiento a las víctimas de violencia contra las mujeres, violencia domés-

tica y otras víctimas vulnerables. Conviene destacar que no es necesario que las víctimas presenten una denuncia formal ante la policía para acceder a este servicio especializado. Los agentes que forman parte de estas unidades se dedican exclusivamente a la atención personalizada de las víctimas, por lo que tienen experiencia en el contacto directo con ellas y además cuentan con formación en delitos muy específicos relacionados con los distintos tipos de violencia contra las mujeres. Como una entrevistada nos indicaba:

«Nuestro trabajo es parte de prevención y de seguridad; es muy importante porque en cada comisaría de policía tenemos un GAV integrado por profesionales policías como yo que se dedican sobre todo a violencia contra la mujer. (...) Los GAVs que tenemos en todas las comisarías de policía están informados de todo eso y son ellos los que hacen el seguimiento de estos casos. A nivel policial, muchos de ellos tienen el curso de GAV, que consiste en 4 horas de formación: 2 de mutilación genital y 2 de matrimonio forzado. (...) Nosotros [*los agentes de los GAVs*] somos los que tomamos declaración a la víctima, a los padres, al marido, etc. Estamos especializados porque trabajamos con esta dinámica. El cuerpo policial decidió que el tema de los matrimonios forzados no se llevaría desde la oficina de denuncias, sino desde los GAVs» (E 3)

Además, los GAVs cuentan con el apoyo de los Grupos Regionales de Atención a las Víctimas (en adelante, GRAVs) presentes en cada una de las regiones policiales de Cataluña. Cada comisaría está adscrita a uno de estos GRAVs en función de la región policial en la que se encuentre. Estos grupos regionales se reúnen periódicamente con los servicios centrales del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña para evaluar y mejorar sus estrategias de asistencia a las víctimas. Los GRAVs y GAVs de los Mossos d'Esquadra participan activamente en la coordinación de la red de atención a víctimas en sus respectivos territorios, como se deduce del siguiente extracto de entrevista:

«Nosotros coordinamos y supervisamos. Somos un equipo de 11 personas en este momento. Tenemos la responsabilidad del área de atención a la víctima. Una vez al mes nos reunimos y trabajamos en todas estas cuestiones. Somos la unidad de referencia para los GAVs. (...) Hay 9 unidades regionales que coordinan alrededor de 159 GAVs en Cataluña. Si presentas una denuncia o pides ayuda, sea en Rosas o en Tortosa, por ejemplo, tienen que tratarse de la misma manera porque tienen las mismas instrucciones. Dicha comisaría tiene que tener una unidad de referencia regional, como la mía» (E 3)

Los GAVs trabajan en coordinación con otros actores para abordar cada caso de la manera más adecuada, ofreciendo una respuesta adaptada a las necesidades particulares de las víctimas. En el ámbito asistencial, los GAVs se coordinan habitualmente con toda la red de servicios sociales, especialmente con los servicios sociales especializados en la

atención a mujeres víctimas de violencia de género, como los ya mencionados en la buena práctica 1, SIEs y SIADs entre otros. Fuera del ámbito asistencial, los GAVs suelen comunicarse con los miembros del sistema de justicia penal para asegurar el cumplimiento de las medidas de protección dictadas por los tribunales, así como también con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. De tales extremos se da cuenta en el siguiente extracto de entrevista:

«Tenemos apoyo psicológico de emergencia. Si una chica está pasando por una situación muy traumática, puedo activar el Dipsalut, que pertenece a la Diputación, el servicio psicológico de emergencia. Después tenemos servicio psicológico de más larga duración, que son los SIADs y SIEs» (E 3)

Es precisamente el papel crucial atribuido a los GAVs por el Procedimiento policial de 2009 lo que determina el enfoque preventivo y centrado en la víctima asumido por la policía autonómica catalana en relación con los MFs. Esto se debe a la formación específica en atención a víctimas y a la sensibilidad victimal que tienen los integrantes de estas unidades especializadas diseminadas por el territorio de la Comunidad Autónoma, que además deben actuar de conformidad con los instrumentos marco que fijan la actuación institucional frente a la violencia contra las mujeres —actualmente el Protocolo Marco para una Intervención con la Diligencia Debida en Situaciones de Violencia Machista—. Sin embargo, pese a que en Cataluña hay miles de víctimas de violencia machista atendidas cada año, todavía hay comparativamente pocas víctimas de MFs. Que los Mossos d'Esquadra sean el cuerpo policial que más víctimas de MF detecta en España, no quita que no se sospeche que no todos los operadores tienen la suficiente experiencia en casos de MF para detectarlos, puesto que existen áreas policiales en Cataluña donde hay todavía evidencia de pocos casos. A la necesidad de mayor formación en MF incluso entre algunos agentes de los GAVs, así como a que los casos que se detectan pueden ser solo la punta del iceberg, se refiere el siguiente extracto de entrevista:

«A nivel policial podemos dar una respuesta adecuada a estos casos, pero otra cosa es tener los sensores sociales activados y una realidad más visibilizada, porque solo conocemos la punta del iceberg. Los GAVs saben lo que son los matrimonios forzados y seguramente sabrán cómo responder a los casos, pero te encuentras con zonas que a lo mejor no tienen casos porque la mayoría de los casos no se detectan. Por lo tanto, falta formación a nivel social, pero no sólo formación, sino también trabajo de campo para prevenir este tipo de violencia. (...). Somos grupos especializados en matrimonios forzados, pero en algunas áreas quizá te dicen que no han tenido casos durante dos años o que no han tenido contacto con ninguna víctima. Por eso, cuando este es el caso, les ayudamos desde el servicio regional» (E 3)

4. Discusión y conclusiones

En cumplimiento del objetivo que guiaba esta investigación, identificar buenas prácticas en la aproximación al MF en el área geográfica en España donde se detectan más casos de MF que puedan extrapolarse a otras áreas, la revisión documental llevada a cabo y las entrevistas realizadas en el marco de este proyecto nos han permitido señalar cinco buenas prácticas actualmente implementadas por diversos agentes en Cataluña que deben resaltarse. Estas prácticas se centran en la prevención de los casos de MF y en la protección de las supervivientes a través de una respuesta coordinada, no tanto en la persecución de estas conductas. Partiendo de la aproximación a esta realidad basada en la política 3P, ampliada después a la 4P que se corresponde con los cuatro pilares que constituyen la filosofía que impregna el Convenio de Estambul —prevención, protección, persecución y políticas coordinadas—, podemos concluir que la aproximación al MF adoptada en Cataluña es fiel a sus dictados. La misma incluye buenas prácticas tanto en el ámbito institucional —buenas prácticas 1 y 2— como en el asistencial a víctimas —buenas prácticas 3 y 4— como en el ámbito policial —buena práctica 5— que bien podrían replicarse, con las convenientes adaptaciones, a otros territorios españoles. Con tratarse en términos generales de prácticas positivas, de la investigación realizada también se deducen algunos aspectos dudosos relacionados con cada una de ellas que son susceptibles de mejora. A continuación, tras la correspondiente conclusión respecto de cada práctica destacada, se incluyen algunas recomendaciones para superar estas cuestiones de carácter más incierto en cada una ellas con la finalidad tanto de mejorar su implementación allí donde ya están siendo aplicadas como de ofrecer una versión mejorada de las mismas pensando en su eventual transposición a otros territorios del Estado.

En primer lugar, a nivel institucional, las buenas prácticas 1 y 2 muestran cómo Cataluña ha avanzado significativamente en el establecimiento de protocolos para prevenir y abordar el MF como proceso de victimización. Esto lo ha hecho identificando esta realidad en términos comprensivos, que trascienden a las limitaciones intrínsecas al delito de MF, como proceso fraguado desde las familias de víctimas adultas jóvenes o adolescentes en el contexto de la violencia contra las mujeres. El desarrollo de este tipo de iniciativas fue en origen especialmente notable en la provincia de Girona, como muestra la aprobación del Protocolo de 2014, pero se ha acabado extendiendo a todo el territorio catalán a través de la aprobación del Protocolo para la Prevención y el Abordaje del MF en Cataluña en 2020. Dicha herramienta marca las pautas generales para la aproximación a esta realidad en Cataluña anteponiendo el bienestar de la víctima a consideraciones relacionadas con la persecución del delito, además de centrarse claramente en la prevención de este proceso y en la intervención pronta con mujeres en riesgo. Pese a las bondades indudables de este instrumento, la consideración de que debía prestarse más

atención a la vinculación de dichas conductas con la violencia contra las mujeres alejándose de resabios culpabilizadores de determinadas culturas conforme a los dictados del Protocolo Marco para una Intervención con Diligencia Debida en Situaciones de Violencias Machistas, ha comportado una revisión de este protocolo que ha cristalizado en octubre de 2023 en la aprobación de un Modelo de Abordaje de los MFs.

El Modelo de Abordaje de 2023 no solo abandona aproximaciones orientalistas y alterizadoras de determinadas culturas, como se ha demandado desde la literatura especializada que debe hacerse en general en manifestaciones de violencia por causa de honor (Begikhani, Gill y Hague, 2015; Chantler y McCarry, 2020; Gill y Anitha, 2011; Gill, 2014; Gorar, 2021; Idriss, 2017; Rigoni, 2023; Strid, Baianstovu y Enelo, 2021; Yurkadul y Korteweg, 2020), sino que se focaliza en la prevención y la reparación, además de implicar a los supervivientes en el diseño de la respuesta institucional ofrecida. Ocuparse de la prevención de tales conductas, tanto a un nivel concreto como estructural, es preferible a adoptar una perspectiva de aproximación reactiva, evitando que este tipo de matrimonios se produzcan, como se ha venido demandando desde la academia (Torres y Villacampa, 2022). Incorporar la perspectiva de quienes han superado este tipo de procesos de victimización en el diseño de estrategias reparadoras trasciende incluso a la adopción de una aproximación victimocéntrica, yendo más allá, adoptando lo que se ha dado en denominar en otros ámbitos de la victimización como una perspectiva superviviente-céntrica (Nicholson, 2019, 2022). La misma comporta en este caso asumir un modelo que, lejos de brindar una respuesta paternalista este proceso victimizador, partiendo de esta realidad como una manifestación de la violencia de género, opte por una aproximación que sea significativa en términos culturales, en que las especialidades culturales del grupo al que la víctima eventualmente pertenezca se tomen en cuenta no para estigmatizarla a ella o al grupo, sino como una forma de *meaning-making process* (Abji y Korteweg, 2021). Implica adoptar un acercamiento a los mismos y a las respuestas institucionales ofrecidas centrado en la perspectiva de los supervivientes, cuyas voces deben devenir centrales en la determinación de la agenda para luchar contra este y contra cualquier otro proceso victimizador que suponga un atentado a los derechos humanos (Nicholson, 2019, 2022), garantizando que la intervención con las víctimas sea vista en menor medida como una intromisión.

No cabe duda de que la aprobación de documentos programáticos como el Protocolo para la Prevención y el Abordaje del MF en Cataluña en 2020 o el ulterior Modelo de Abordaje de los MFs de 2023 constituyen la principal condición para articular una respuesta institucional estructurada y estandarizada a los MFs. Esto porque determinan las actuaciones que deben emprenderse según diversos escenarios previamente categorizados y delimitan el *iter* que deben seguir las víctimas cuando entran en contacto con las instituciones. Ahora bien, aun cuando todavía

es demasiado pronto para evaluar el Modelo de Abordaje que acaba de aprobarse, aspecto al que no debería renunciarse de futuro, resultaría adecuado chequear la aplicación del Protocolo para la Prevención y el Abordaje del MF en Cataluña de 2000, que ha cumplido ya cuatro años, para determinar si ha sido eficaz en la concienciación y formación, prevención —incluyendo facilitar la detección de casos—, intervención con las víctimas y coordinación de profesionales en los casos de MF.

En este sentido, la extrapolación de esta práctica a otros territorios del Estado, cuya conveniencia devendría claramente reforzada en caso de que la evaluación de su aplicación arrojase un resultado positivo, debería partir de la consideración de estas conductas como una manifestación de la violencia de género y de su conceptualización en términos amplios. Junto esto, debería ponerse el acento en la prevención y la intervención pronta, así como en coordinación entre los diversos operadores y en la adopción de una perspectiva superviviente-céntrica.

Siguiendo en el plano del abordaje institucional, la buena práctica 2, la preparación de protocolos locales de abordaje de los MFs, evidencia que el proceso de protocolización del afrontamiento a los MFs emprendido en Cataluña no se limita a aprobar un documento de carácter general, sino que se evidencian esfuerzos a nivel comarcal, local, para protocolizar su aproximación también en estos ámbitos. Siguiendo los pasos que ya en 2014 emprendiera Girona, pero ahora con la clara finalidad de desarrollar el Protocolo catalán general de 2020 adaptándolo a las singularidades de cada territorio, se han objetivado iniciativas en distintas áreas locales, con características diversas, pero con posible incidencia significativa de casos de MF situadas en el área de influencia de Barcelona —Vallès Occidental— o en Lleida. Tales iniciativas, que se hallan en distintos estadios de desarrollo, han permanecido además poco activas a resultas de la revisión del Protocolo catalán de 2020, aunque es previsible que se reactiven tras la aprobación del Modelo de Abordaje de 2023. Sin embargo, para avanzar en la atención especializada a las víctimas de MF atendiendo a la singularidad de los diversos territorios buscando ganar en eficacia no solo se precisa la adopción de documentos programáticos, sino también la capacitación de los profesionales concernidos en el ámbito local. De ahí que, de plantearse la extrapolación de tal práctica a determinados ámbitos locales o comarcales de la geografía española, primero debería confirmarse la necesidad de la adopción de este tipo de iniciativas con base en requerimientos sobre todo derivados de la incidencia de los MFs en la zona. Además, debería tenerse en cuenta que la consecución de eficiencia en el área respectiva depende no solo de la aprobación del referido instrumento, sino también de la capacitación profesional que debería acompañar su adopción.

En segundo lugar, en el ámbito de la asistencia a las víctimas de MF, se han destacado la buena práctica 3— el programa de apoyo a las víctimas desarrollado por entidades especializadas— y la buena práctica 4 —

el papel desarrollado por las referentes—. La buena práctica 3 preconiza la adecuación de entidades especializadas en dicha labor tomando como caso-estudio el de Valentes i Acompanyades, una ONG especializada en este tipo de víctimas radicada en Girona. De las diversas actuaciones llevadas a cabo por la entidad, destaca su programa de intervención con víctimas —basado en pilares como el acompañamiento emocional y psicológico, el fundamento en la educación y el apoyo residencial y económico— por su completitud. Sin embargo, la sostenibilidad a medio y largo plazo de los programas de intervención de este tipo de entidades especializadas integradas en el tercer sector depende fundamentalmente de dos variables. De un lado, de la dotación de suficientes recursos económicos y materiales. Se ha dicho que la intervención con estas víctimas no tiene fecha de finalización, depende de las necesidades de cada muchacha atendida. Sostener programas de intervención de larga duración, que cubran todo el proceso de reparación de las víctimas, requiere de dotación económica y personal constante, que no dependa de subvenciones públicas de incierta perdurabilidad, como en ocasiones sucede cuando estas entidades tienen que buscar múltiples fuentes de financiación, a menudo relacionadas con la violencia de género. De otro lado, la perdurabilidad de este tipo de programas de intervención pasa por su validación institucional, fundamentada en la calidad y profesionalidad del servicio prestado, evitando con ello caer en la discutible calidad de los servicios de asistencia prestados a este tipo de víctimas que la literatura especializada ha puesto de manifiesto (Chantler and McCarry, 2020; Love et al., 2018). Para ello, puesto que no puede pretenderse que la actividad de entidades de base privada cubra enteramente la prestación de servicios que deberían ser proveídos públicamente, sino que a lo sumo los complementa, la administración correspondiente debería establecer estándares técnicos y profesionales mínimos que deberían cumplir los programas de intervención determinados una vez chequeados los que se están implementado y confirmada su efectividad. En tal sentido, la extrapolación adecuada de esta buena práctica pasaría por la traslación de un modelo de intervención especializado que haya superado los estándares de calidad fijados por la administración.

Siguiendo con el ámbito de la asistencia a víctimas, se ha destacado como buena práctica 4 el papel desempeñado por las denominadas «referentes», por mujeres que han superado con éxito el peligro de contraer forzosamente o que incluso han sido forzadas a contraer pero han logrado rehacer su vida tras dejar atrás un matrimonio impuesto. Su contribución tanto en tareas de concienciación y sensibilización sobre la realidad del MF como en la intervención con víctimas es determinante. Precisamente el hecho de pertenecer a grupos donde esta práctica se continúa produciendo habiendo superado este proceso victimizador las coloca en posición de agentes privilegiados, de puentes de comunicación entre las comunidades afectadas y la realidad social a la que se integran. Esto lo confirman los buenos resultados de experiencias adoptadas en

otros países, donde se ha recurrido a miembros de la comunidad en la gestión de este tipo de casos (Rigoni, 2023), así como la investigación que demuestra que los integrantes de servicios de atención victimal que conocen este fenómeno victimizador son quienes están en mejores condiciones de detectarlo (Kazimirski et al., 2009; Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2019a). Sin embargo, precisamente en aras a alcanzar la referida profesionalización y estandarización de los servicios de atención victimal en casos de MF cohonestando dicha exigencia con la riqueza que aportan a la atención victimal la intervención de este tipo de figuras, debería delimitarse el perfil de las referentes según las funciones que vayan a desempeñar en el proceso. Todas aquellas mujeres que han pasado por una experiencia de MF son embajadoras valiosísimas para la concienciación y sensibilización sobre esta realidad —incluida la que precisan los mismos profesionales—, pudiendo contribuir de manera significativa en la detección de casos. Pero puede que no todas ellas sean agentes capacitados para la intervención con víctimas. Para evitar en este estadio de la asistencia que el voluntarismo pueda malograr los resultados de un adecuado tratamiento, debe garantizarse la capacitación tanto académica como profesional de las personas que interaccionan con la víctima, manteniendo, si se considera preciso, en un rol de acompañamiento a referentes que no cuenten con dicha capacitación.

En tercer y último lugar, en el ámbito policial, la buena práctica 5 ilustra que los Mossos d'Esquadra disponen de un Procedimiento policial específico para tratar los MFs desde 2009 en el que las unidades especializadas dedicadas a atender a víctimas desempeñan un papel fundamental. La aproximación policial al MF es marcadamente victimocéntrica y proactiva, muy orientada a la intervención en situaciones de riesgo, con epicentro en el bienestar victimal, en lugar de en la persecución del delito o delitos que pueden cometerse en procesos de MF, como cabría en principio esperar del abordaje policial de un proceso victimizador. Es precisamente la singularidad de la aproximación policial al MF en Cataluña la pieza que conforma la clave de vuelta para poder afirmar con rotundidad que el enfoque hacia el MF en esta Comunidad Autónoma es claramente victimocéntrico, favorable a la intervención pronta —a neutralizar el riesgo cuando es posible en lugar de a limitarse a reaccionar judicialmente—, y holístico, aun sin renunciar a la intervención penal en última instancia. Con todo, las bondades de este abordaje policial no esconden que, más allá de los agentes policiales de los GAVs formados para interaccionar con este tipo de víctimas, debería insistirse en la capacitación profesional para detectar casos tanto de agentes no integrados en estos grupos especializados como de aquellos que, incluso integrados en los mismos, pueden no estar siendo suficientemente eficientes en este aspecto. Esto porque son precisamente los agentes policiales formados los más capaces de detectar casos ante cualquier tipo de proceso victimizador (Farrell, 2014; Farrell y Pfeffer, 2014; Farrell et al., 2019; Kaye et al., 2014; Renzetti et al., 2015; Warria et al., 2015; Williamson et al.,

2020). De ahí que, de extrapolarse esta práctica articulándose la creación de unidades especiales policiales similares a las GAVs en otros territorios del Estado, no debe olvidarse que la capacitación de los profesionales de base resulta determinante para hacer efectiva la aproximación policial victimocéntrica a esta realidad.

5. Referencias

- ABJI, S. y KORTEWEG, A.C. (2021). «Honour»-Based Violence and the Politics of Culture in Canada: Advancing a Cultural Analysis of Multi-scalar Violence. *International Journal of Child, Youth and Family Studies*, 12(1), 73-92. <https://doi.org/10.18357/ijcyfs121202120084>.
- ANITHA, S. y GILL, A.K. (2009). Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK. *Feminist Legal Studies*, 17, 165-184. <https://doi.org/10.1007/s10691-009-9119-4>.
- ANITHA, S. y GILL, A.K. (2011). Reconceptualising consent and coercion within an intersectional understanding of forced marriage. En A. K. Gill y S. Anitha (Eds.), *Forced Marriage. Introducing a social justice and human rights perspective* (pp. 46-66). Zed Books.
- BATES, L. (2021). Honor-Based Abuse in England and Wales: Who Does What to Whom?. *Violence Against Women*, 27(10), 1774-1795. <https://doi.org/10.1177/1077801220952168>.
- BEGIKHANI, N., GILL, A. K. y HAGUE, G. (2015). *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*. Ashgate.
- BRAUN, V., y CLARKE, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77-101. <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>.
- BUNTING, A., LAWRENCE, B.N. y ROBERTS, R.L. (2016). Something Old, Something New?. Conceptualising Forced Marriage in Africa». En A. Bunting, B. N. Lawrence y R. L. Roberts (Eds.), *Marriage by Force? Contestation Over Consent and Coercion in Africa* (pp. 1-42). Ohio University Press.
- CHANTLER, K. y MCCARRY, M. (2020). Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland. *Violence Against Women*, 26(1), 89-109. <https://doi.org/10.1177/1077801219830234>.
- COUNCIL OF EUROPE (2023). *The four pillars of the Istanbul Convention* [Archivo PDF]. <https://rm.coe.int/coe-istanbulconvention-brochure-en-r03-v01/1680a06d4f>.

- CRENSHAW, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>.
- FARRELL, A. (2014). Environmental and institutional influences on Police Agency Responses to Human Trafficking. *Police Quarterly*, 17(1), 3-19. <https://doi.org/10.1177/1098611113495050>.
- FARRELL, A. y PFEFFER, R. (2014). Policing human trafficking: Cultural blinders and organizational barriers. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 653(1), 46-64. <https://doi.org/10.1177/0002716213515835>.
- FARRELL, A., BRIGHT, K., DE VRIES, I., PFEFFER, R., y DANK, M. (2019). Policing labor trafficking in the United States. *Trends in Organized Crime*, 23(1), 36-56. <https://doi.org/10.1007/s12117-019-09367-6>.
- FRA (European Agency for Fundamental Rights) (2014). *Addressing forced marriage in the EU: Legal provisions and promising practices*. <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/addressing-forced-marriage-eu-legal-provisions-and-promising-practices>
- GANGOLI, G., CHANTLER, K., HESTER, M. y SINGLETON, A. (2011). Understanding forced marriage: definitions and realities. En A. K. Gill y S. Anitha (Eds.), *Forced Marriage. Introducing a social justice and human rights perspective* (pp. 25-45), Zed Books.
- GILL, A. K. (2014). Introduction: 'Honour' and 'Honour'-Based violence: challenging common assumptions. En A.K. Gill, C. Strange, y K. Roberts, (Eds.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice* (pp 1-23). Palgrave Macmillan. <https://doi.org/10.1057/9781137289568>.
- GILL, A. K. y ANITHA, S. (2011). Introduction: framing forced marriage as a form of violence against women». En A. K. Gill y S. Anitha (Eds.), *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective* (1-24), Zed Books.
- GILL, A.K. y BRAH, A. (2014). Interrogating cultural narratives about 'honor'-based violence. *European Journal of Women's Studies*, 21(1), 72-86. <http://dx.doi.org/10.1177/1350506813510424>.
- GILL, A.K. y HARVEY, H. (2017). Examining the impact of gender on young people's views of forced marriage in Britain. *Feminist Criminology*, 12(1), 72-100. <https://doi.org/10.1177/1557085116644774>.
- GORAR, M. (2021). *Honour Based Crimes and the Law. Defining the Limits of Honour Based Violence and Abuse*. Routledge.
- GREVIO (2020). *Baseline evaluation report. Spain*. <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>.
- GUEST, G., MACQUEEN, K. M., y NAMEY, E. E. (2012). *Applied thematic analysis*. Sage Publications.

- HEMMINGS, J. y KHALIFA, S. (2013). *I Carry the Name of my Parents': Young People's Reflections on FGM and Forced Marriage: Results from peer studies in London, Amsterdam and Lisbon*. <https://www.eldis.org/document/A68631>.
- HM Government (2010). *The right to Choose: Multi-agency statutory guidance for dealing with forced marriage*, second (revisited) edition. <https://www.gov.uk/government/publications/the-right-to-choose-multi-agency-statutory-guidance>.
- HOME OFFICE (2000). *A Choyce by right. The report of the working group on forced marriage*. https://www.basw.co.uk/system/files/resources/basw_22604-2_0.pdf.
- IDRISS, M.M. (2017). Not domestic violence or cultural tradition: Is honour-based violence distinct from domestic violence?. *Journal of Social Welfare & Family Law*, 39(1), 3-21. <http://dx.doi.org/10.1080/09649069.2016.1272755>.
- IDRISS, M. M. (2022). Abused by the Patriarchy: Male Victims, Masculinity, «Honor»-Based Abuse and Forced Marriages., *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 11905-11932. <https://doi.org/10.1177/0886260521997928>.
- IGAREDA, N., BARCONS, M., LOTTI, M.R. y LEYE, E. (2016). *Matrifor. Approaching forced marriages as a new form of trafficking in human beings in Europe*. Report. European Commission. <https://ddd.uab.cat/pub/infpro/2016/189749/Matrifor.pdf>.
- ILO (International Labour Organization), (2022). *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_854733.pdf.
- KAYE, J., WINTERDYK, J., y QUARTERMAN, L. (2014). Beyond criminal justice. A case study of responding to human trafficking in Canada. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 56(1), 23-48. <https://doi.org/10.3138/cjccj.2012.E33>.
- KAZIMIRSKI, A., KEOGH, P., KUMARI, V., SMITH, R., GOWLAND, S., PURDON, S. y KHANUM, N., (2009). *Forced Marriage - Prevalence and Service Response*. National Centre for social research, research report No DC-SF-RR128. https://oro.open.ac.uk/44739/1/_userdata_documents4_pk4594_Desktop_My%20Documents_forced-marriage-prevalence-service%5B1%5D.pdf.
- LOVE, H., DANK, M., ESTHAPPAN, S. y ZWEIG, J. (2018) Navigating an unclear terrain: Challenges in recognizing, naming, and accessing services for 'forced marriage'. *Violence Against Women*, 25(9), 1138-1159. <https://doi.org/10.1177/1077801218808397>.
- NICHOLSON, A. (2019). A Survivor-Centric Approach: The Importance of Contemporary Slave Narratives to the Anti-Slavery Agenda. En J.B.

- Clark y S. Poucki (Eds.), *The SAGE Handbook of Human Trafficking and Modern Day Slavery* (pp. 259-277). Sage Publications.
- NICHOLSON, A. (2022). *Bearing Witness: Contemporary Slave Narratives and the Global Antislavery Movement (Slaveries since Emancipation)*. Cambridge University Press.
- RENZETTI, C. M., BUSH, A., CASTELLANOS, M., y HUNT, G. (2015). Does training make a difference? An evaluation of a specialized human trafficking training module for law enforcement officers. *Journal of Crime and Justice*, 38(3), 334-350. <https://doi.org/10.1080/0735648X.2014.997913>.
- RIGONI, C. (2023). *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*. Routledge.
- STRID, S., BAIANSTOVU, R. Í, y ENELO, J. M. (2021). Inequalities, isolation, and intersectionality: A quantitative study of honour-based violence among girls and boys in metropolitan Sweden. *Women's Studies International Forum*, 88, 2021, 1-9. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2021.102518>.
- SWEGMAN, C. (2016) *The intersectionality of forced marriage with other forms of abuse in the United States*. National Resource Center on Domestic Violence. <https://vawnet.org/material/intersectionality-forced-marriage-other-forms-abuse-united-states>.
- TORRES, N. y VILLACAMPA, C. (2022). Intervention with Victims of Forced Marriage. *Women & Criminal Justice*, 32(3), 288-305. <https://doi.org/10.1080/08974454.2021.1875107>.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C (2018). *Política Criminal española en materia de violencia de género: valoración crítica*. Tirant lo Blanch.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2019). Aproximación al matrimonio forzado desde la óptica de las víctimas. *E-Eguzkilore*, 4, 1-38.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., y TORRES ROSELL, N. (2019a). El matrimonio forzado en España. Una aproximación empírica. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, 1-32. <https://doi.org/10.46381/reic.v17i0>.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., y TORRES ROSELL, N. (2019b), El matrimonio forzado y su tratamiento institucional: visión profesional y victimal. *Revista General de Derecho Penal*, 32, 1-63.
- WARRIA, A., NEIL, H., y TRIEGAARDT, J. (2015). Challenges in identification of child victims of transnational trafficking. *Practice: Social Work in Action*, 27(5), 315-333. <https://doi.org/10.1080/09503153.2015.1039974>.
- WILLIAMSON, V., BORSCHMANN, R., ZIMMERMAN, C., HOWARD, L. M., STANLEY, N., y ORAM, S. (2020). Responding to the health needs of trafficked people: A qualitative study of professionals in England and Scot-

- land. *Health and Social Care in the Community*, 28, 173–181. <https://doi.org/10.1111/hsc.12851>.
- YURKADUL, G., KORTEWEG, A.C. (2013). Gender equality and immigrant integration: honor killing and forced marriage debates in The Netherlands, Germany, and Britain. *Women's Studies International Forum*, 41(3), 204–214. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2013.07.011>.
- YURKADUL, G. y KORTEWEG, A.C. (2020). State Responsibility and Differential Inclusion: Addressing Honor-Based Violence in the Netherlands and Germany. *Social Politics*, 27(2), 187-211. <https://doi.org/10.1093/sp/jxz004>.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL DERECHO PENAL ANTE EL NEGACIONISMO. COMENTARIO A LA SAP DE BARCELONA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2024 (CASO DE LA LIBRERÍA EUROPA III)¹

Carmen Alastuey Dobón

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

Title: *Criminal Law in the face of denialism. Commentary on the Sentence of the Provincial Court of Barcelona dated 9 September 2024 (Case Europa Bookshop III).*

Resumen: Este trabajo analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 2024, que condena por tercera vez al titular de la librería Europa de Barcelona por la venta de libros y otros materiales de ideología nazi. Se trata de la primera sentencia que aplica el precepto destinado específicamente a la sanción del fenómeno negacionista desde la reforma del Código Penal en esta materia por la LO 1/2015, el art. 510.1. c). El análisis se centra fundamentalmente en dos cuestiones clave. Primero, en la negativa de la Audiencia a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre los tipos del art. 510.1, y, segundo, en los criterios adoptados como base de la condena.

Palabras clave: Negación o enaltecimiento del genocidio. Distribución de materiales de ideología nacional-socialista. Castigo del negacionismo. Delitos clima. Libertad ideológica. Libertad de expresión.

Abstract: *This paper analyzes the Sentence of the Provincial Court of Barcelona dated 9 September 2024, which condemns for the third time the*

¹ Este trabajo desarrolla una de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales, grupo de investigación de referencia financiado por el Gobierno de Aragón y dirigido por Miguel Ángel Boldova Pasamar, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

owner of the Europa bookstore in Barcelona for selling books and other materials of Nazi ideology. This is the first sentence that applies the provision specifically intended to punish the denialist phenomenon since the reform of the Spanish Penal Code in this matter by LO 1/2015, art. 510.1. c). The analysis focuses on two key issues. First, in the Court's refusal to raise a question of unconstitutionality regarding the types of art. 510.1, and, second, in the criteria adopted as the basis for the sentence.

Keywords: *Denial or glorification of genocide. Distribution of National Socialist ideological materials. Punishment of denialism. Climate crimes. Ideological freedom. Freedom of expression.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Precedentes. - 2.1. Los anteriores procesos de la librería Europa. - 2.2. El caso de la librería Kalki. - 2.3. Algunas conclusiones. - 3. La SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2024 o caso de la Librería Europa III. - 4. Análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia. - 4.1. Sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 510.1 CP. - 4.2. Sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 510.1 CP.

1. Introducción

La sentencia de la AP de Barcelona (Sección 6.^a) de 9 de septiembre de 2024² representa la tercera condena a Pedro Varela Geiss, titular de la librería Europa, por vender materiales vinculados al negacionismo del holocausto nacional-socialista y organizar actividades de propaganda nazi. Los hechos son, por tanto, viejos conocidos, y la discusión sobre su relevancia jurídico-penal se remonta a la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998. Como también es sabido, este primer proceso de la librería Europa fue el origen de la tantas veces citada y comentada STC 235/2007, en la que se declara inconstitucional el inciso del derogado art. 607.2 CP referido a la mera negación del genocidio, al considerarse este discurso amparado por la libertad de expresión. Lo novedoso de la resolución de la AP de Barcelona de 2024, y la razón por la que suscita un particular interés, es que esas actividades se enjuician ahora a la luz de la regulación vigente en materia de castigo del fenómeno negacionista³ desde la reforma del Código penal operada por LO 1/2015. Pero, sobre todo, la sentencia merece atención por tra-

² ECLI:ES:APB:2024:9710.

³ Entendido el concepto en sentido amplio, como comprensivo de los supuestos de negación, justificación y minimización de los delitos de genocidio o de lesa humanidad, así como del enaltecimiento del delito o de sus autores en el marco del revisionismo histórico. Sobre el concepto y sus diferentes acepciones, véase FRONZA, E.: «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2011, pp. 105 ss., 120. Véanse, además, las precisiones conceptuales y el estudio del fenómeno efectuados por TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha*

tarse, salvo error por mi parte, del primer pronunciamiento judicial que aplica el precepto encaminado específicamente a reprimir las conductas de perfil negacionista o apologético de crímenes contra la comunidad internacional o de sus autores: el art. 510.1 c) CP.

En los procesos de la librería Europa que aplicaban la regulación anterior a 2015, su propietario fue condenado en primera instancia no solo por el delito de difusión de ideas genocidas del art. 607.2 CP, sino también por el de provocación al odio tipificado en el art. 510.1 CP. Dado que los hechos que originaron esa doble condena eran los mismos, aquellas sentencias venían a reconocer el parentesco que une a estas figuras delictivas⁴, en tanto que orientadas, ya desde sus orígenes en el Derecho penal español, al igual que en otros ordenamientos jurídicos europeos, a combatir por la vía penal el discurso xenófobo y racista, y, en general, discriminatorio⁵. Quedaba pendiente, en todo caso, delimitar el ámbito típico de cada una de ellas, algo que se antojaba cuanto menos complejo sin identificar previamente el objeto de tutela y, aun antes, sin aclarar las dudas de constitucionalidad que planteaban ambos preceptos en relación, principalmente, con su posible conflicto con la libertad de expresión. La STC 235/2007, y la posterior interpretación de su contenido por parte de los tribunales del orden penal, entre los que se incluyen las secciones de la AP de Barcelona que resuelven sendos recursos de apelación en el caso de la librería Europa, así como el TS en el caso de la librería Kalki (STS 259/2011), vinieron a aportar algo de luz respecto a algunas de estas cuestiones. Como recordaré a continuación, estos pronunciamientos judiciales en los casos de las librerías acogen la doctrina sentada por el TC en su interpretación del canon de legitimidad constitucional de las modalidades de negación y justificación del genocidio del art. 607.2. Tras considerar incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión el castigo de la primera y acorde, en cambio, con los postulados constitucionales la sanción de la segunda, siempre que se interpretase como una incitación indirecta al genocidio, el TC procede a situar el precepto en el contexto de las figuras delictivas antixenófobas con las que guarda similitud, tratando de delimitar sus contornos. Desde su punto de vista, la interpretación realizada del art. 607.2 como «modalidad específica de

del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 61 ss.

⁴ Y ello con independencia de que, precisamente por tratarse de los mismos hechos, de apreciarse un concurso de delitos —tesis que sostienen los juzgados de lo penal en sus respectivas sentencias, con el argumento, insuficientemente explicado, de que protegen bienes jurídicos distintos— la solución adecuada hubiese sido la del concurso ideal, y no la del concurso real, que fue la modalidad aplicada en ambos procesos. Ello lo advierte y critica la SAP, Sección 2.ª, 259/2010, de 26 de abril, FJ 9, al resolver el recurso de apelación en el segundo proceso.

⁵ Véase la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, de 11 de mayo, que introdujo en el Código penal de 1973 el delito de provocación o incitación a la discriminación en el art. 165 ter y el delito de apología del genocidio en el art. 137 bis b).

incitación al delito», «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio castigada en el art. 615 CP y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que concibe como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia⁶.

Sin haber transcurrido el tiempo suficiente para valorar las virtudes y defectos de la interpretación de los tipos esbozada⁷, así como para desarrollar sus repercusiones prácticas, el panorama descrito se vio alterado por la reforma de estas figuras delictivas en el año 2015. El antiguo delito del art. 510.1 mutó en una incitación (ya no provocación) directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, conforme al vigente art. 510.1 a) CP, y la otrora difusión de ideas o doctrinas justificativas del genocidio, fue reubicada y transformada, de acuerdo con la redacción del art. 510.1 c) CP, en una negación (¡de nuevo!), trivialización grave o enaltecimiento de delitos de genocidio u otros contra la comunidad internacional o de los autores de los mismos, sin que se exija expresamente un componente de incitación, ni siquiera indirecta, a la comisión de esos delitos, pues el precepto se limita a requerir que el discurso negacionista «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación», lo que, desde luego, no es lo mismo que una incitación indirecta a delinquir. Al ampliarse el ámbito típico de ambas infracciones y desdibujarse los límites que habían sido propuestos para distinguirlas, se hace precisa una nueva exégesis de su contenido y contornos, más si cabe en la medida en que su actual regulación conjunta confirma la coincidencia esencial en el sentido de tutela. Por otra parte, el art. 510.1 incluye ahora, en su letra b), un delito destinado a sancionar a quienes distribuyan, posean con la finalidad de distribuir, difundan o vendan materiales idóneos por su contenido para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados o grupos o sus miembros. Ni que decir tiene que esta novedosa figura delictiva, sin parangón en la regulación anterior, merece ser atendida a la hora de valorar la significación jurídico-penal de las conductas por las que se acusa en el caso analizado. Conviene tener presente, en fin, la idéntica penalidad prevista para estos tres delitos y, por cierto, una de considerable gravedad: prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, lo que apunta, al menos desde la perspectiva del legislador, a una equiparación en el grado de lesividad de las conductas que allí se describen⁸.

⁶ STC 235/2007, FFJJ 5 y 9.

⁷ Recordemos que hasta la STS relativa al caso de la librería Kalki, en el año 2011, el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido de estos preceptos.

⁸ En la regulación anterior, la provocación al odio tenía señalada una pena de prisión de uno a tres años y, también, multa de seis a doce meses, mientras que la pena de la justificación del genocidio se castigaba con prisión de uno a dos años.

En el tercer proceso de la librería Europa se acusaba a varias personas por los tres delitos recogidos en el art. 510.1 CP —además de por otro de pertenencia a organización criminal—, por lo que se brindaba a la AP de Barcelona la oportunidad de adentrarse, en primera instancia, en la interpretación de los actuales tipos penales, y, sobre todo, de aportar pautas sobre la relación que debe establecerse entre ellos. Como veremos, la sentencia decepciona en este punto, pues se limita a rechazar, con exigua fundamentación, que los hechos probados realicen los tipos de las letras a) y b) del mismo precepto, y, desde mi punto de vista, no profundiza lo suficiente en los argumentos que le llevan a subsumir las conductas en el art. 510.1 c). En particular, hubiera sido deseable que proporcionase una interpretación más ajustada a los parámetros constitucionales del requisito típico, incorporado en la reforma de 2015, que requiere la promoción o el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad odio o discriminación contra determinados grupos definidos por la etnia, raza u otros rasgos.

Si se acepta, como punto de partida de cualquier análisis de estas figuras delictivas, que su configuración legal adolece de deficiencias, puede comprenderse que la reciente resolución de la AP de Barcelona no haya conseguido, ni seguramente pretendido, desenredar la maraña en su totalidad, pero lo cierto es que el órgano sí tuvo ocasión de poner la primera piedra en ese cometido. Las defensas de los acusados sostuvieron durante el proceso, en palabras de la Audiencia, «de forma reiterada y ampliamente motivada» la necesidad de que el tribunal plantease una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 510.1 a) del Código penal, con suspensión del plazo para dictar sentencia, lo que fue considerado improcedente. Creo, en cambio, que la Audiencia hubiera acertado de pleno planteando la cuestión de inconstitucionalidad, ampliándola, de oficio, al resto de las figuras delictivas previstas en el art. 510.1 CP.

2. Precedentes

Aunque el contexto legislativo haya cambiado, el análisis del caso de la librería Europa III requiere la toma en consideración, siquiera breve, de los anteriores procesos⁹. No analizaremos con detalle los argumentos

⁹ Para una ampliación sobre el contenido y análisis de las sentencias relativas a estos procesos véanse LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2012, pp. 316 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código penal)», *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 124 ss.; ÍÑIGO CORROZA, E.: «Caso de la librería Europa», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.): *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 613 ss.; y TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 348 ss. y 388 ss.

de las sentencias de los juzgados de lo penal n.º 3 y n.º 11 de Barcelona, pero sí se hará referencia a las sentencias de la AP de Barcelona de 2008 y 2010 que resolvieron sendos recursos de apelación interpuestos contra aquellas, confirmando las condenas por difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, y revocando las condenas por el delito de provocación al odio. Además, por su similitud con los hechos enjuiciados mediante el fallo que nos ocupa, y por tratarse de la única sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia, se expondrán los argumentos de la ya citada STS 259/2011 en el caso de la librería Kalki. Esta casa en su totalidad la sentencia de instancia, absolviendo a los condenados de los delitos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 en la redacción del momento. La referencia a estos procesos anteriores se justifica también por que la sentencia comentada en estas páginas toma como base de su fundamentación jurídica el contenido de los referidos pronunciamientos, aunque es discutible que extraiga en todo caso las conclusiones adecuadas.

2.1. *Los anteriores procesos de la librería Europa*

El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, en sentencia de 16 de noviembre de 1998, había condenado a Pedro Varela, por «un delito continuado de genocidio» (sic) del entonces vigente art. 607.2 CP a la pena de dos años de prisión, más las accesorias, y por un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia del art. 510.1 CP a la pena de tres años de prisión y doce meses de multa. Una vez interpuesto el recurso de apelación contra esta sentencia, la AP de Barcelona, Sección 3.ª, planteó el 9 de junio de 1999 una cuestión de constitucionalidad en relación con el posible conflicto del art. 607.2 CP con la libertad de expresión que no fue admitida a trámite. Celebrado el juicio oral y vista la causa para sentencia, volvió a plantear cuestión de inconstitucionalidad por el mismo motivo mediante auto de 14 de septiembre de 2000, siendo esta vez admitida aquella a trámite y resuelta por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde, como es de sobra conocido, fue declarado inconstitucional el inciso «nieguen o» del precepto, y avalada la modalidad típica de difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar el genocidio, siempre que tal justificación operase como incitación indirecta al mismo delito, en los términos del FJ 9 de la sentencia¹⁰.

¹⁰ Véanse los análisis de esta sentencia, que no va a ser comentada aquí detalladamente, realizados por LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2010, pp. 69 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad...», cit., pp. 120 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 309 ss.; ROLLNERT LIERN, G.: «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión. (A propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, n.º

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal retiró la acusación contra Pedro Varela por el delito del art. 607.2 y solicitó que se confirmara la condena por el delito de provocación al odio (art. 510.1 CP), mientras que las acusaciones particulares solicitaron la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus términos. Finalmente, la AP de Barcelona dicta su resolución el 5 de marzo de 2008. En ella, parte del criterio que utiliza el TC para delimitar el delito de provocación al odio del de justificación del genocidio, según el cual, la provocación a la que se refería en aquel momento el art. 510.1 había de ser directa, mientras que en el caso del art. 607.2 bastaba con acreditar la difusión de ideas que supusiesen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio. Con ese argumento rechaza la aplicación del delito de provocación al odio —que, por otra parte, considera prescrito, aunque con dudas¹¹—, al entender que de los hechos probados no se puede extraer conducta alguna de incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia¹². En cuanto al delito del art. 607.2, recordó su vinculación a la STC, lo que implicaba la exoneración de toda sanción penal respecto a los hechos probados referidos a la difusión de doctrinas que niegan el holocausto, pero entendió que algunas de las publicaciones realizan el tipo de justificación pública del genocidio conforme a la interpretación realizada por el TC, pues en su contenido general «se aprecia (...) una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad»¹³. Por lo demás, descarta la continuidad delictiva, que había sido apreciada en primera instancia, y aplica la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, condenando a una pena de siete meses de prisión¹⁴.

Inadmitido el recurso de amparo planteado ante el TC con base en la posible infracción de los arts. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 25 (principio de legalidad), 16 (libertad ideológica) y 20 (libertad de expresión) de la Constitución, se presenta demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 5 de noviembre de 2009. El TEDH resuelve el asunto en su sentencia (Sección 3.^a) de 5 de marzo de

73, 2008, pp. 103 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J.: «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en Cuerda Riezu / Jiménez García (Dirs.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 283 ss.; SANZ PÉREZ, A. L.: «Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la humanidad: la negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 18, 2008, pp. 13 ss.; SUÁREZ ESPINO, M. L.: «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», *InDret* 2/2008, *passim*; y TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 353 ss.

¹¹ FJ 1.

¹² FJ 4.

¹³ FJ 5.

¹⁴ FJ 6 y 7, respectivamente.

2013 (Caso Varela Geiss contra España). Varela basó su demanda, primero, en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3 a) del Convenio, por haber sido condenado en apelación por la difusión de ideas o doctrinas que justificaban el genocidio, pese a que el delito no figuraba en el escrito de acusación y no fue condenado por él en primera instancia, y, segundo, en la infracción de los arts. 9 y 10 del Convenio, relativos a los derechos a la libertad ideológica y de expresión.

El TEDH da la razón al demandante en el primer motivo, por lo que condena a España a una indemnización de 13.000 euros. Considera que, en efecto, fue acusado por negación del genocidio y condenado por tal modalidad típica en la sentencia de primera instancia, y que no tuvo conocimiento de la recalificación de los hechos de «negación» en «justificación» del genocidio por parte de la Audiencia Provincial, con lo que se vio afectado su derecho a la defensa. Por lo que respecta al segundo motivo, alegaba el demandante que él solo era vendedor de libros escritos por terceros, publicaciones que no están prohibidas en España, que se encuentran a disposición para consulta en la Biblioteca Nacional y cuyos autores no han sido perseguidos. También se apoya en la sentencia del TS en el caso de librería Kalki, que absolvió a los libreros. Sin embargo, lamentablemente, el TEDH, al aceptar la violación del art. 6 del Convenio, rehúsa entrar a valorar si la condena de la AP de Barcelona supuso además una infracción de los arts. 9 y 10 del Convenio.

Mientras tanto, el Juzgado de lo Penal n.º 11 de Barcelona, en sentencia de 5 de marzo de 2010, había vuelto a condenar a Pedro Varela por provocación al odio y difusión de ideas que justifican el genocidio. La SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 259/2010, de 26 de abril, resuelve el recurso de apelación contra la citada sentencia y, como en el proceso anterior, absuelve al acusado del primer delito y confirma la condena por el segundo. La AP basa nuevamente su argumentación, en este caso más detallada, en las pautas interpretativas ofrecidas por la STC 235/2007, que dotaba a estos delitos de ámbitos de intervención diferenciados. Resumidamente, según la AP, la conducta definida en el art. 607.2, la definida en el art. 510 y la descrita en el art. 615 (provocación al genocidio, de conformidad con el concepto de provocación que ofrece el art. 18 CP) «se articulan como conductas punibles sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro (de lesión)». Y así, en cuanto a los tipos que nos interesan, «la provocación típica del artículo 510 debe ser directa, esto es, dirigida inequívocamente, de forma abierta a la comisión de conductas constitutivas de delito¹⁵, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición o difusión de ideas, incluso discriminatorias, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justifica-

¹⁵ Así en el FJ 8. En cambio, de las afirmaciones que realiza en el FJ 9 (véase a continuación en el texto) se deduce que la AP no restringe la aplicación del art. 510 a los casos en que se provoca a la comisión de delitos.

ran las mismas con el riesgo de poder hacer surgir en otras personas la resolución de delinquir, la que (...) integraría la materia de prohibición del artículo 607.2». El arco punitivo, por tanto, se extendería, de menos a más, desde la prohibición de difundir ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio (art. 607.2), hasta la prohibición del genocidio (art. 607.1) pasando por la prohibición de la provocación al genocidio (art. 615). Entre el art. 607.2, que supone el máximo adelantamiento de las barreras de protección, y la provocación del genocidio, se encontraría el art. 510, que también es exponente de un adelantamiento de las barreras de protección, pero en menor medida que el art. 607.2¹⁶.

Pues bien, entiende la Audiencia que de los hechos probados no se deduce «un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza», que pudiese dar lugar a la aplicación del art. 510.1, sino que «suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor)»¹⁷. En cuanto al art. 607.2, lo considera un delito de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, que define como «la dignidad de los seres humanos por el solo hecho de formar parte de la especie, al margen de la raza, etnia (...) y su correlativo derecho a no ser discriminado», de manera que la aplicación correcta del precepto requiere comprobar que la conducta típica presenta esa peligrosidad o capacidad objetiva *ex ante* de poner en riesgo el bien jurídico. Y es aquí donde se refiere a los elementos que, a su juicio han de servir para constatar dicha peligrosidad. Considera que esta no se dará si la venta de libros como «Mi lucha» u otros, se realiza en el marco de una amplia y variada labor editorial, o si se vende puntualmente un ejemplar, ni tampoco si se escribe un artículo o un libro que justifique esas ideas. Para entender prohibida la conducta, debe darse un plus representado por «el hecho de difundir (que es algo más que escribir, editar o vender) aquel mensaje en condiciones y situación que suponga en sí misma un peligro para la dignidad de toda persona humana y de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia o menosprecio». En opinión de este Tribunal, no cabe duda de que el acusado había desempeñado una intensa labor de difusión de la ideología nacionalsocialista y racista, siendo la librería Europa un referente español e internacional de literatura revisionista. Cita, además, como prueba de dicho afán divulgativo del mensaje nazi, el anuncio de venta en su página web de obras de escaso interés histórico o científico, así como la sistemática organización de conferencias, profusamente publicitadas, sobre dichas ideas o doctrinas. Por otra parte,

¹⁶ FJ 8.

¹⁷ Rechaza la AP (FJ 9) la posibilidad de aplicar conjuntamente ambos delitos, pues considera una contradicción fáctica y jurídica que los mismos hechos puedan ser considerados a la vez una incitación indirecta a la discriminación (art. 607.2) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones (art. 510.1).

considera relevante el contexto social donde se difunde tal ideología, a juicio del Tribunal proclive a que calen estos mensajes, apelando, a este respecto, al peligro cierto que representan en nuestro país, por su historia reciente, las ideologías fascistas, y al incremento de la inmigración, que ha dado lugar a episodios xenófobos¹⁸.

2.2. *El caso de la librería Kalki*

El Tribunal Supremo no tuvo ocasión de pronunciarse en los procesos de la librería Europa, pero sí lo hizo en un caso de características muy similares, el de la librería Kalki, ubicada también en Barcelona, en la STS 259/2011, de 12 de abril. El TS resolvía el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por la AP de Barcelona (Sección 10.^a) 892/2009, de 7 de octubre, en la que condenaba al propietario de esta librería, donde se vendían y distribuían publicaciones con contenido de propaganda nazi y negacionista del holocausto, editores y distribuidores, cuatro personas en total, por los delitos a los que nos venimos refiriendo de difusión de ideas que justifican el genocidio y provocación a la discriminación, y, además, a tres de ellas por el delito de asociación ilícita de los arts. 515. 4.º y 5.º y 517.2 CP, conforme a la redacción vigente en aquel momento, por su pertenencia a la asociación «Círculo de Estudios Indoeuropeos». La STS, que se acompaña de un voto particular, absuelve a los cuatro acusados de todos los cargos. En cuanto al delito de asociación ilícita, el TS, sin discutir la ideología de la asociación, entiende que no se ha acreditado que se tratase de una organización orientada a promover la discriminación o a incitar a ella¹⁹; y, en cuanto al delito art. 510.1, utiliza el TS para la absolución los argumentos que sostenía la AP de Barcelona en los procesos de la librería Europa. En efecto, asumiendo las propuestas interpretativas de un sector de la doctrina²⁰, entiende que la referencia típica a la provocación («los que provocaren»), requiere partir de los requisitos de tal acto preparatorio (art. 18 CP), salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, dada la mención legal a la provocación al odio. Por

¹⁸ FJ 7. Como señala, con razón, LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio...», cit., p. 138 y nota 47, la Audiencia se contradice en este punto, pues en el FJ 6 rechaza que deba exigirse un «contexto de crisis» para aplicar el tipo, en contra de las propuestas de este autor (*La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999, pp. 352 ss., con los matices que introduce en «Incitación al odio...», cit. p. 341), pero acaba haciendo depender la peligrosidad potencial de la difusión de las características del contexto social donde se vierte el mensaje difundido.

¹⁹ FJ 2.

²⁰ Así, LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 253 ss.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 371.

tanto, a juicio del Tribunal, es preciso, en cualquier caso, para considerar realizado el tipo, que concurra una incitación directa a la comisión de actos mínimamente concretados de discriminación, odio o violencia contra determinados grupos, elemento incitador que no aprecia en los hechos considerados probados²¹.

Nos detendremos ahora en la argumentación con la que el TS fundamenta la absolución por el delito de difusión de ideas que justifican el genocidio. Como no podría ser de otra manera, también el TS parte de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 235/2007, en el sentido de que no basta para incurrir en el tipo del art. 607.2 con que se difundan ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, o que lo disculpen o consideren un mal menor, sino que es preciso, además, que la difusión de esas ideas constituya una incitación indirecta a su comisión, por su contenido, forma y ámbito de difusión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión que dé lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos. Solo así, entiende el TS, puede considerarse que las conductas representan «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos» —aunque no aclara cuáles son estos—, bastando con que se trate de un peligro abstracto, en el sentido de potencial o hipotético, donde lo que importa es la capacidad de la conducta para crear un peligro relevante. Con el fin de determinar si los actos poseen suficiente aptitud para generar dicho peligro —continúa—, no hay que atender solo al contenido de lo difundido, sino también a la forma en que se lleva a cabo la difusión, a cuyo efecto es relevante la sociedad o el ámbito social en que aquella se realiza. A este respecto entiende que la sociedad española solo muy minoritariamente acoge estas ideas o doctrinas, siendo mayoritario el rechazo de las mismas o la indiferencia. Así las cosas, para que la difusión del mensaje esté en condiciones de crear un peligro para el bien jurídico protegido, haría falta que el autor utilizase medios que, además de facilitar la publicidad y el acceso de terceros, pudieran «mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes».

No sucede esto, en opinión del TS, en el caso enjuiciado. Entiende indudable el Alto Tribunal que las expresiones contenidas en los pasajes reproducidos en los hechos probados tienen un contenido vejatorio hacia los judíos y otros colectivos, resultan ofensivos, atentan contra su dignidad y pueden considerarse lesivos para el derecho al honor de las personas que lo integran. Cuestión distinta, explica, es que concurran los requisitos típicos del art. 607.2, conforme a la interpretación realizada de los mismos. A su modo de ver, la distribución de esos materiales por parte de editores o libreros «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales

²¹ FJ 1.

a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco (...) se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos». No se aprecia, añade, en los hechos probados lo exigible para aplicar el tipo, pues no se ha realizado «ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares (...) referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros (...) o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica».

En definitiva, aunque el TS reconoce que la conducta de los acusados constituye una difusión de ideas favorables al régimen nazi, y que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, no puede afirmarse, en su opinión, que la difusión de esas ideas a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas implique una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra determinados colectivos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos²².

2.3. Algunas conclusiones

Del contenido de estas sentencias, expuesto en apretada síntesis, pueden extraerse a modo de recapitulación algunas conclusiones sobre la interpretación realizada de las figuras delictivas descritas en los arts. 510.1 y 607.2 CP antes de la reforma de 2015, al margen de su aplicación a los casos concretos. La SAP de Barcelona de 2010 parte de que el delito de provocación al odio y el de difusión de ideas genocidas protegen el mismo bien jurídico, a saber, la dignidad de las personas y del colectivo al que pertenecen y su correlativo derecho a no ser discriminados, si bien sus ámbitos típicos se encuentran claramente delimitados en función de la mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico. El delito de provocación al odio, en tanto que merecedor de una interpretación restrictiva por sus déficits de taxatividad y por su posible fricción con la libertad de expresión, habría de incorporar algunos de los elementos del acto preparatorio de provocación. Debía entenderse, por tanto, como una provocación directa, es decir, clara y explícita, a la realización de actos delictivos o, al menos, a actitudes de auténtica y real hostilidad.

²² FJ 1.

A la provocación le sería exigible, para considerarla típica, un «peligro cierto, real y próximo» y, aclara, no solo potencial —por lo que puede interpretarse en términos de peligro concreto— de generación de hechos violentos o discriminatorios. En un nivel inferior de peligrosidad se encontraría la conducta de difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En este caso, estaríamos ante una incitación indirecta a la comisión del genocidio que representa un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, interpretado en términos de peligro hipotético o potencial («capacidad objetiva ex ante» de lesionar el bien jurídico protegido)²³. Dicha peligrosidad se presume inherente a la acción, salvo que se pruebe que ha sido excluida de antemano, en cuyo caso no quedará realizado el tipo. Entendidos los tipos como una progresión en el grado de afectación al mismo bien jurídico, queda vedada su aplicación conjunta, en concurso de delitos²⁴. La relación entre ambos, por tanto, ha de articularse a través del concurso de leyes²⁵.

El análisis que lleva a cabo el TS del caso de la librería Kalki acoge gran parte de estas tesis, fundamentalmente en lo referido al carácter directo de la incitación a la realización de actos discriminatorios exigida en el caso del art. 510.1, que permitiría distinguir este delito del de difusión de ideas genocidas, concebido, en los mismos términos que la AP de Barcelona, como una incitación indirecta al genocidio. También comparte la consideración de esta última figura como un delito de peligro hipotético. Sin embargo, no se pronuncia de manera explícita sobre la clase de peligro requerido en el art. 510.1 ni sobre cómo concibe la relación entre los dos preceptos. Tampoco detalla, como apuntábamos, qué bien jurídico ha de entenderse protegido por estas figuras delictivas. No obstante, respecto a esta cuestión realiza interesantes consideraciones que parecen apartarse, al menos en parte, de la tesis sostenida sobre el particular por la AP de Barcelona, y que, a mi juicio, puede orientar la identificación del objeto de tutela en la regulación actual. La dignidad de la persona, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE) es concebida por el TS como «la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan a los textos positivos las formulaciones de los derechos humanos» respecto al tratamiento jurídico de las doctrinas basadas en la discriminación de determinados grupos y sus integrantes, aunque, desde

²³ En realidad, de considerarse que el bien jurídico protegido es la dignidad —o el honor, como manifestación de aquella— este podría entenderse lesionado. En el fondo, la Audiencia Provincial no consigue explicar cómo concibe la incitación indirecta al genocidio.

²⁴ El concurso (ideal) de delitos solo sería factible, dice la AP (FJ 9), si de la distinta ubicación sistemática se infiriese, «hilando fino», que cada delito protege un bien jurídico distinto, tesis que la Audiencia no comparte.

²⁵ Aunque, conforme a este planteamiento, su relación no sería de ley general (510) y ley especial (607.2), como proponía Landa a partir de una interpretación distinta de la STC 235/2007, que rechaza la limitación del ámbito típico del art. 510.1 a las incitaciones directas (LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio...», cit., pp. 336 ss.).

su punto de vista, la respuesta no ha de ser necesariamente una sanción penal. Partiendo de esta comprensión de la dignidad como *ratio legis* de la regulación, más que como bien jurídico protegido, descarta asimismo que la exégesis de los delitos estudiados haya de enfocarse desde la protección del honor de personas o grupos. En este punto, regresa a las SsTC 214/1991 y 176/1995 para recoger la doctrina que excluye del ámbito protegido por la libertad de expresión las afecciones al honor representadas por el discurso vejatorio, de menosprecio o insulto. Pero, según su parecer, aunque una expresión resulte ofensiva para un colectivo y pueda considerarse lesiva para el derecho al honor de las personas que lo integran, y aunque suponga un atentado a su dignidad y su derecho a la igualdad de trato, ello no sería suficiente para considerar realizados los tipos de los arts. 510.1 y 607.2 CP. Estos tipos poseen un componente incitador que ha de tener aptitud para generar, con mayor o menor lejanía, actos específicos de violencia, odio o discriminación contra grupos o sus integrantes. En consecuencia, el bien jurídico protegido tiene que ser otro.

3. La SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2024 o caso de la librería Europa III

Procederé, a continuación, a exponer un resumen de los antecedentes de hecho (1) fundamentos de derecho (2) y consecuencias jurídicas que considera aplicables la Audiencia en el tercer proceso de la Librería Europa (3).

1. La acusación versa sobre las actividades realizadas entre el 10 de abril de 2006 y el 8 de julio de 2016. Pese a que Pedro Varela había cumplido penas de prisión por difundir ideas que justifican el genocidio con base en las condenas recaídas en 2008 y 2010, resulta probado que, durante el referido periodo de tiempo, no abarcado por los procedimientos anteriores, continuó editando, distribuyendo y vendiendo, tanto en la sede física de la librería como por internet, gran parte de los libros por cuya difusión pública había sido condenado previamente, así como otros de contenido similar. Dichos libros, valga recordarlo, expresan una ideología supremacista y de segregación racial contra minorías, particularmente antisemita; contienen pasajes que enaltecen y justifican las acciones llevadas a cabo por el III Reich, defendiendo la figura de Adolf Hitler y negando o trivializando el exterminio de minorías étnicas, raciales, sexuales u otras, con especial fijación en el pueblo judío²⁶. La actividad de propagación de estas ideas se llevó a cabo también a través de otros materiales, páginas web y redes sociales, y se materializó además

²⁶ Los pasajes de los libros, revistas y otros materiales que fundamentan la acusación son reproducidos minuciosamente en la sentencia a lo largo de la descripción de los antecedentes de hecho, a lo largo de un elevado número de páginas.

en la organización de conferencias abiertas al público desarrolladas principalmente en la librería, más de 200 en el periodo indicado. Se deduce, en fin, del extenso relato de los hechos probados, una intensa actividad organizada de propaganda de la ideología nacionalsocialista, apoyada en una red de canales de venta, difusión y distribución de materiales, tanto en sede física como virtual.

Junto a la acusación pública, actúan como acusaciones populares el Ayuntamiento de Barcelona y, de manera conjunta, la Federación de Comunidades Judías de España y la Asociación Movimiento contra la Intolerancia. Todas ellas se dirigen contra Pedro Varela y cinco personas más vinculadas con el entramado de edición y venta de los materiales, aunque una de ellas falleció durante la tramitación de la causa, por lo que la AP, con fecha de 6 de junio de 2023, dictó auto de extinción de su responsabilidad criminal.

La acusación se formula por los siguientes delitos:

- El delito tipificado en el art. 510.1 a) CP con el tipo agravado del art. 510.3 CP en concurso de normas (art. 8.3 CP) con el delito previsto en el art. 510.1 b), igualmente con el tipo agravado del art. 510.3 CP.
- El delito tipificado en el art. 510.1 c) CP, con el tipo agravado del art. 510.3 CP.
- Un delito de asociación ilícita del art. 515.4 CP, solicitando para Pedro Varela la aplicación del art. 517.1.º CP y para el resto de los encausados la condena por la modalidad del art. 517.2.º CP. Este cargo se basa en el hecho de que los acusados eran miembros de la «Asociación Cultural Editorial Ojeda», dedicada igualmente a la difusión y divulgación de ideas revisionistas y nacionalsocialistas.

Por su parte, las respectivas defensas interesaron la libre absolución de los acusados o, alternativamente, la aplicación de circunstancias atenuantes, entre las que destaca la de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP). Asimismo, algunas de las defensas instaron el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 510.1 a) CP, con suspensión del plazo para dictar sentencia, por la posible vulneración de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley (art. 14 CE), libertad ideológica (art. 16 CE), libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], libertad a la producción científica y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 10.1 b) CE], libertad de información y de ser informado [art. 20.1 d) CE] y libertad de reunión (art. 21.1 CE). Al parecer, las defensas motivaron dicho requerimiento en que la sanción de la incitación indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia desbordaría los límites constitucionales.

2. El Tribunal da comienzo a la fundamentación jurídica del fallo descartando la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Para ello, hace suyos los argumentos del TSJ de Cataluña expuestos en su sentencia 239/2023, de 11 de julio. Se resolvía allí un recurso de apelación presentado contra la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 8.^a) de 30 de junio de 2022, que condenaba a uno de los encausados en el caso de la librería Europa III por un delito de incitación al odio —(art. 510.1 a)—. Los hechos que motivaron la condena fueron mantener abierto un canal de YouTube con 4915 suscriptores en el que el acusado publicaba vídeos de conferencias impartidas por Pedro Varela donde este expresaba opiniones homófobas y racistas. El TSJ, tras aplicar el test de relevancia del riesgo al que se refiere el memorándum explicativo de la Recomendación de Política General n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), relativa a la lucha contra el discurso de odio, acaba estimando el recurso y absolviendo al acusado, si bien previamente había considerado improcedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad, como había solicitado la defensa. El TSJ de Cataluña fundamenta su postura en el contenido de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en virtud de la cual la regulación del vigente art. 510 responde a la necesidad de incorporar los criterios introducidos por la STC 235/2007, así como a la de adaptar la regulación española al contenido de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de diciembre. De aquí extrae el TSJ, y comparte la AP en el caso que analizamos, que «la constitucionalidad del precepto en cuestión no es discutida y obedece a compromisos internacionales y salvaguarda de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad», aunque, seguidamente, reconoce que el precepto debe interpretarse restrictivamente, «pues de realizarse una interpretación amplia podría colisionar con el derecho fundamental a la libertad de expresión».

En los siguientes fundamentos jurídicos analiza la Audiencia una serie de cuestiones de naturaleza procesal, en las que no nos vamos a detener, para adentrarse, a partir del fundamento jurídico séptimo, en la valoración de la prueba en relación con las acusaciones formuladas. Para empezar, rechaza la aplicación del delito de asociación ilícita (art. 515.4.º) con los siguientes argumentos: primero, que la difusión de libros discriminatorios se promovía por la librería Europa, pero no por la Asociación Cultural Editorial Ojeda; segundo, que la citada asociación no poseía una estructura y actividad asociativa propias y orientadas al delito, diferenciada de la que asumía Varela; y tercero, y por lo anterior, que la asociación «operaba como una persona jurídica meramente instrumental y sometida a la voluntad y designios» de Pedro Varela. Aclarado este aspecto, analiza la calificación jurídica de los hechos a la luz de los delitos ubicados en el art. 510.1 CP.

En primer lugar, aborda en términos generales la problemática de estas figuras delictivas desde el punto de vista del respeto a la libertad de expresión, admitiendo la complejidad de definir los límites entre este y el castigo de la incitación al odio. Sobre el particular, tras hacer notar la vigencia de dos regulaciones jurídico-penales durante el periodo de tiempo en que se llevaron a cabo los hechos enjuiciados —la anterior

y la posterior a 2015— se refiere brevemente a la doctrina del TEDH, que activa la cláusula de abuso de derecho del art. 17 del Convenio en los casos de negación del Holocausto nazi, excluyéndolos de plano de cualquier protección. A continuación, recoge los criterios sugeridos en el Plan de acción de Rabat y en la Recomendación de Política General n.º 15 de la ECRI para identificar las expresiones de odio con relevancia penal. Incluye, asimismo, apuntes sobre la doctrina del TC en materia de libertad de expresión (por ejemplo, en STC 159/1986), y sobre la imposibilidad de que esta ampare «la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas», desde el momento en que esas expresiones implican una negación de la dignidad humana, como núcleo irreductible del derecho al honor (v. gr. en STC 176/1995). También afirma, recogiendo un pasaje de la STC 235/2007, que la constitucionalidad del delito de incitación al odio requiere que este castigue conductas idóneas «para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado», un «peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados» o «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en específicos actos de discriminación». Finalmente, reproduce el fragmento de la STS 259/2011, al que ya nos hemos referido *supra*, relativo al elemento de peligrosidad requerido para que pudiera considerarse integrada en el antiguo art. 607.2 la difusión de ideas o doctrinas justificativas del genocidio²⁷.

El posterior análisis individualizado de la responsabilidad penal de los encausados comienza²⁸ con la absolución de las personas acusadas junto a Varela: dos dependientas de la librería, un maquetador y un colaborador con poderes notariales de gestión del negocio durante el tiempo en que aquel permaneció en prisión. El Tribunal argumenta, fundamentalmente, que ninguno de ellos compartía el dominio de los hechos enjuiciados. En el caso del último acusado citado, cuya absolución requiere de la Audiencia una fundamentación adicional, aduce que no existen pruebas de sus motivaciones antisemitas ni de su contribución al peligro que debe generar el delito, y termina citando el pasaje de la STS 259/2011 en el que considera impunes a los editores o libreros que ponen a disposición del público soportes documentales: aun aceptando que estos contengan alguna forma de justificación del genocidio, no se trata de actividades distintas de las esperables de su dedicación profesional, sin que se aprecie solo por ello una incitación directa al odio o una incitación indirecta a la comisión del genocidio, y sin que pueda apreciarse tampoco que esos actos creen un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos.

Llegados a este punto, el examen de la Audiencia Provincial pone el foco en los hechos atribuidos a Pedro Varela, quien, conforme a lo

²⁷ FJ 8.

²⁸ FJ 9.

probado, asumía todo el peso de la gestión de la librería, de la edición de los libros que allí se vendían y de la preparación de las conferencias que se impartían en el interior del establecimiento, por lo que no son de aplicación, entiende el Tribunal, las consideraciones realizadas respecto al resto de los acusados. Antes de abordar la posible subsunción de los hechos en los tipos penales por los que se le acusa, la Audiencia se refiere a los dos principales factores concurrentes en el caso que inclinarían la balanza a favor de la condena. Primero, el contenido de los títulos distribuidos, altamente denigrante u ofensivo para el pueblo judío y para otras minorías. A este respecto, indica que las actividades de distribución estarían centradas claramente en las obras con textos abiertos y groseramente discriminatorios, aunque alguna de ellas pudiera tener un interés histórico-científico, y se hallasen en colecciones públicas o a la venta en establecimientos comerciales. A ello habría que añadir la difusión en masa del conjunto de esas obras, así como la expansión pública de la ideología nazi mediante la organización y posterior comercialización de conferencias impartidas por parte de los autores de dichos textos, que evidenciaría el adoctrinamiento al que estaban destinadas. Y, segundo, las motivaciones discriminatorias del acusado, que extrae del dictamen pericial en el que se expone su trayectoria como miembro, y presidente durante varios años, de la organización de ideología nacionalsocialista CEDADE (Círculo Español de Amigos de Europa), creada en 1967 en Barcelona, considerada el germen del movimiento neonazi en España, y también como presidente del Partido Socialista Nacional Revolucionario (PSNR). La apertura de la librería Europa en 1991 supondría la forma de dar continuidad a la actividad propagandística de la ideología nazi²⁹.

La calificación jurídica de los hechos se inicia de manera confusa. Se reproducen, como antecedentes, únicamente los argumentos por los que en los procesos anteriores fue rechazada la calificación de los hechos como provocación a la discriminación del art. 510.1 CP en su anterior redacción —pero no los argumentos que fundamentaron la condena por difusión de ideas justificativas de genocidio— para acabar afirmando que las consideraciones realizadas al respecto por la Audiencia en aquellos procesos no son aplicables, en el proceso actual, a los hechos ocurridos mientras estuvo vigente la regulación anterior a 2015 (de 10 de abril de 2006 hasta 30 de junio de 2015) pues no se ha formulado acusación por el antiguo delito del art. 607.2. De aquí deriva la imposibilidad de condenar esos hechos a través del art. 607.2, por impedirlo el principio acusatorio, pues, en opinión de la Audiencia, el actual delito de enaltecimiento público del genocidio y sus autores no puede considerarse «sustancialmente equivalente» a aquel; ni tampoco se podrían condenar, alega la Audiencia, aplicando retroactivamente el art. 510.1 c), al ser más elevada la pena prevista en este precepto. De estas afirmaciones extrae la consecuencia

²⁹ FJ 10.

de excluir toda responsabilidad penal del acusado por sus actuaciones anteriores al 30 de junio de 2015³⁰.

Sobre esta argumentación cabe decir, para empezar, que no se alcanza a comprender la relación establecida aquí por la Audiencia entre la ausencia de condena por el antiguo art. 510.1 en las sentencias de 2008 y 2010 con la imposibilidad de aplicar el art. 607.2 CP en el proceso actual a los hechos realizados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015. Pero, más allá de esta incoherencia argumentativa —que parece derivarse de una confusión entre los dos preceptos de la regulación anterior a 2015—, cabe resaltar la afirmación del Tribunal según la cual se ha producido en el procedimiento un «vacío acusatorio» no subsanable mediante la invocación del precepto heredero, dando a entender —si lo interpreto bien— que de haberse acusado por el derogado art. 607.2 podrían haberse aplicado los dos delitos: el antiguo art. 607.2 a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, y el actual art. 510.1 c) a los cometidos desde su vigencia. No creo que este modo de proceder hubiera sido adecuado. Aunque existen considerables diferencias en la redacción del antiguo art. 607.2 CP y la del actual art. 510.1 c) CP, y se haya trasladado el castigo de estas conductas al ámbito de los denominados delitos de odio, entiendo que ambas figuras delictivas se orientan a proteger idénticos intereses y a combatir la misma fenomenología de casos, por lo que, a diferencia de lo apuntado por el Tribunal, pueden ser consideradas equivalentes. Con base en ello, a mi modo de ver, aunque se hubiera acusado también por el delito del art. 607.2, en el supuesto enjuiciado hubiera bastado con aplicar, en su caso, el precepto actualmente vigente, descartando el concurso de delitos.

En cuanto a los hechos realizados a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2015, rechaza que puedan dar lugar a la aplicación del art. 510.1 a) porque, aunque la reforma incluyese en el precepto la incitación indirecta a la discriminación, «la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión sigue estando plenamente vigente», por lo que «el delito merece una interpretación restrictiva». Y también considera inaplicable el art. 510.1 b), con el argumento de que «las formas más avanzadas del delito absorben a las prematuras, conjurándose con ello el riesgo de la doble sanción». En cambio, entiende que se dan los elementos típicos del delito recogido en el art. 510.1 c), primero porque las conductas enjuiciadas realizan las conductas allí descritas de enaltecimiento del genocidio y de sus autores y, segundo, porque los hechos promueven o favorecen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los colectivos protegidos, en los términos exigidos en el último inciso del precepto. La acreditación de ese clima discriminatorio se justifica,

³⁰ FJ 11. Se ampara en la STEDH de 5 de marzo de 2013 (v. *supra*) que consideró infringido el derecho a la defensa del acusado en el primer proceso por condenarle por justificar el genocidio cuando únicamente se le había acusado por negarlo.

según el Tribunal, en la prueba pericial referida a algunos episodios violentos ocurridos en la ciudad de Barcelona en esos años, protagonizados por individuos o grupos afines al movimiento neonazi. Aunque no pueda afirmar que esos incidentes fuesen directamente provocados por el acusado, entiende que «existe una conexión indirecta entre la difusión de los contenidos discriminatorios y la proliferación de este tipo de criminología. O, si se prefiere, la prueba aportada justifica la realidad de un contexto eventualmente violento, que potencia la peligrosidad de los hechos enjuiciados»³¹.

3. En materia de penas aplicables, dentro del marco legal previsto (prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses), decide la Audiencia imponer una pena de prisión de 1 año y 6 meses, y 7 meses de multa con una cuota diaria de 15 euros. La elección de una pena algo más elevada que el límite mínimo la justifica en «el especial conocimiento que tenía el acusado del ilícito penal, inexcusable en quien reitera el hecho criminal». Como penas accesorias se aplican las siguientes: inhabilitación especial para profesión y oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un tiempo superior a 3 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, conforme al art. 510.5; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio vinculados a la edición, distribución y venta de libros o publicaciones tanto en sede física como virtual, ambas penas durante el tiempo de la condena (art. 56.2.º y 3.º en relación con el art. 45). Se impone, además, el decomiso y destino legal de los efectos e instrumentos del delito (art. 510.6), así como el pago de las costas procesales³².

4. Análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia

Una vez expuesto el contenido de la sentencia, es momento de detenerse en los aspectos de su fundamentación jurídica más relevantes desde la perspectiva jurídico-penal material, que limitaremos a la problemática en torno a la interpretación y aplicación de los tipos básicos del art. 510.1 CP.

³¹ FJ 11. En el mismo fundamento jurídico se descarta la aplicación del tipo agravado del art. 510.3 CP, solicitado por las acusaciones, principalmente por falta de prueba en la que fundamentar el acceso a los materiales por parte de un elevado número de personas durante el periodo de tiempo tomado en consideración. En la práctica, esta es la única repercusión que se atribuye a no valorar los hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2015. Por otra parte, se rechaza igualmente la aplicación de las circunstancias atenuantes planteadas por las defensas (FJ 12). Señala el Tribunal que no se ha interesado la posible aplicación de la agravante de reincidencia. Pero lo cierto es que, aunque se hubiera solicitado, no hubiese podido aplicarse dicha circunstancia, habida cuenta de que el antiguo art. 607.2 y el actual art. 510.1 c) se encuentran en títulos distintos del Código penal.

³² FFJJ 13, 14 y 15 y el fallo de la sentencia.

4.1. Sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 510.1 CP

Como hemos visto, la Audiencia Provincial de Barcelona considera improcedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 510.1 a) CP, utilizando como argumento la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, que dijo haber plasmado una regulación respetuosa con la STC 235/2007, en lo relativo a la sanción de las conductas negacionistas, y acorde con lo requerido en la Decisión Marco 2008/913 respecto al conjunto del art. 510. Este razonamiento no convence por varios motivos. Primero, porque expresa una confianza ciega en el buen hacer del legislador ordinario y, segundo, porque esos argumentos, empleados para justificar la reforma, no son adecuados para dar por sentada la constitucionalidad del art. 510.1 a): aunque fuera cierto que la vigente tipificación de las conductas negacionistas se ajuste a la doctrina del TC —lo que pondré en cuestión más adelante—, lo pretendido era determinar si el contenido del art. 510.1 a) también es conforme a dicha doctrina; y, por otro lado, resulta evidente que apelar a la adaptación del precepto a lo reclamado por la Decisión Marco no permite tampoco presumir su constitucionalidad, máxime cuando se ha reconocido ampliamente que el alcance sancionatorio del precepto excede de lo demandado en este texto del Consejo de la UE³³.

En realidad, al confrontar la redacción del art. 510.1 a) con la doctrina del TC sobre la posible fricción de la criminalización del discurso del odio con la libertad de expresión, saltan a la vista los reparos de constitucionalidad que el precepto suscita. Cabe recordar que la adecuación a los parámetros constitucionales del antiguo art. 510.1 CP era ya discutida³⁴. El TC no examinó directamente este precepto, pero, según entiendo, de la STC 235/2007 podía extraerse con claridad su concepción del delito como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia³⁵, haciendo factible así la distinción entre aquel y el delito de difusión de ideas

³³ Véase, por todos, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 96 s., y yo misma en una publicación anterior («Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 2016, p. 19). Lo admite la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019.

³⁴ Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, pp. 265 y 269; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 92, 138; y ALCÁZER GUIRAO, R.: «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 2012, pp. 16 ss.

³⁵ De la misma opinión, por ejemplo, ALCÁZER GUIRAO, R.: «Discurso del odio...», cit., p. 23. Interpreta de otra forma las afirmaciones del TC, LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-57.

que justifiquen genocidio del art. 607.2, configurado constitucionalmente como incitación indirecta a la comisión de dicho delito³⁶. Por lo demás, tal y como se ha puesto de manifiesto *supra*, esta es la interpretación del precepto que sostuvo la AP de Barcelona en los anteriores procesos de la librería Europa, así como el TS en el caso de la librería Kalki.

Sin embargo, con la reforma de 2015 la figura sufrió una ampliación considerable. El verbo típico «provocar» fue sustituido por las conductas de fomento, promoción o incitación, dando acogida expresamente no solo a las incitaciones directas, sino también a las indirectas, lo que impide toda interpretación del delito en términos semejantes al acto preparatorio de provocación. Entre los objetos de la incitación, se mantiene la referencia al «odio», fuertemente criticada por la doctrina desde siempre, y se añade el no menos problemático concepto de «hostilidad». Si con la regulación anterior a 2015 ya resultaba difícil defender que la incitación había de dirigirse en todo caso a la comisión de delitos, la vigente regulación lo imposibilita³⁷. Los conceptos de discriminación y violencia pueden, al menos, reconducirse a hechos ilícitos, pero no sucede lo mismo con el odio, que no es más que un sentimiento, ni con la hostilidad. Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, por lo que el tipo permite castigar incitaciones implícitas a que terceros desarrollen sentimientos de odio u hostiles hacia determinados grupos de personas o sus integrantes.

Mediante esta regulación se pretende impedir la creación de un caldo de cultivo, una situación de crispación, en definitiva, un *clima* favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos³⁸. Por supuesto, no se castigan aquí esos actos, que, de llegar a rea-

³⁶ En el FJ 5 define el discurso del odio como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación *directa* a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». Y es esta manifestación del discurso del odio la que queda fuera de la libertad de expresión: «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o (...) aquellas que inciten directamente a dichas actitudes». Posteriormente, cuando el TC enmarca el art. 607.2 en el contexto de otros preceptos con los que se encuentra relacionado, considera que la interpretación realizada de la justificación del genocidio, como «modalidad específica de incitación al delito» «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio (art. 615) y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que el Código «define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones (...)”» (FJ 9).

³⁷ Así también, entre otros muchos, FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017, p. 27; y LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 67.

³⁸ Como señala GALÁN MUÑOZ, A.: «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n.º 46, 2020, p. 46, se sancionan manifestaciones «que contribuyen a crear un clima de hostilidad que pone en peligro (...) a los integrantes de tales colectivos minoritarios, bien porque su aparición puede dar lugar a ataques delictivos contra los mismos, bien porque

lizarse, podrían ser sancionados en virtud de otros preceptos —delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.—; es más, ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer su comisión, por la sencilla razón de que una incitación individual no puede desencadenarlo, a no ser que el contexto social sea propicio, sino que es objeto de represión penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima.

Nos encontramos, por tanto, con un delito de amplitud desmesurada, que, al apartarse de las bases de constitucionalidad que la STC 235/2007 había sentado en relación con su antecesor, bien merece ser sometido a control³⁹. En realidad, la propia AP de Barcelona viene a reconocer este punto, cuando, incurriendo en una contradicción con su negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, afirma, parafraseando la sentencia del TSJ catalán, que «la inclusión de la incitación indirecta a la discriminación no debería generar equívocos, pues la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión sigue estando plenamente vigente, y (...) el delito merece una interpretación restrictiva para no perder el enfoque de la norma suprema»⁴⁰. Si lo interpreto bien, aquí cuestiona la Audiencia que la inclusión en el tipo de las incitaciones indirectas respete los límites que la libertad de expresión representa para la sanción del discurso del odio, lo que le lleva a requerir una interpretación restrictiva del precepto. No cabe duda de que estas consideraciones hubieran debido conducir, coherentemente, a plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

A mayor abundamiento, de sentencias posteriores del TC no se deduce el respaldo por su parte a una intensificación de la intervención penal

puede generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque no lleguen a ser delictivas».

³⁹ Opinión que comparte la doctrina de manera generalizada sobre los tres tipos del art. 510.1 CP, alegando fricciones con el derecho a la libertad de expresión y con los principios penales de lesividad, taxatividad e intervención mínima, entre otros. Así, sin ánimo de exhaustividad, y junto a las referencias citadas en otras notas, pueden verse NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 224 ss., 272 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos en el CP español): algunos ejemplos y especial referencia a los “delitos de odio”», *Foro FICP* 2019-3, pp. 167 ss.; MIRÓ LLINARES, F.: «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 49 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G.: «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 92 ss.; FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 17 ss., 27 ss., 44 ss.; y TERUEL LOZANO, G. M.: «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret*, 4/2015, pp. 29 ss.

⁴⁰ FJ 11.

en materia de discurso del odio. En la importante STC 112/2016 analiza la compatibilidad del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), al que considera una manifestación del discurso del odio, con el respeto a la libertad de expresión. Allí, el Tribunal destaca «la similitud estructural» que presentan los tipos de enaltecimiento del terrorismo y justificación del genocidio (antiguo art. 607.2), argumento que utiliza para extender al primero las tesis que había defendido en la STC 235/2007 respecto del segundo. Conforme a este planteamiento, dispone el TC que la sanción penal del enaltecimiento del terrorismo solo respetará el citado derecho constitucional cuando se haya acreditado la existencia de una incitación, al menos indirecta, a la violencia terrorista (FJ 3). Además, se apoya en la jurisprudencia del TEDH en la materia para concluir que el castigo de las conductas de enaltecimiento del terrorismo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ 4).

La doctrina expuesta en esta sentencia no mejora los resultados del test de constitucionalidad del art. 510.1 a). Cabría entender, en efecto, que los requisitos mencionados son extrapolables a todas las manifestaciones del discurso del odio, y particularmente a aquellas con un contenido incitador, que, por quedar extramuros del paraguas constitucional, sean susceptibles de represión penal, en cuyo caso es evidente que el delito de incitación al odio no los cumple, al no incorporar la exigencia de que el autor incite a la comisión de delitos ni propicie una situación de riesgo para personas o derechos. Esta sería, con todo, una interpretación favorable en exceso al precepto, pues el terrorismo, como el genocidio, son delitos de significativa gravedad, y solo ello justifica, en palabras del TC, que se admita «excepcionalmente» el castigo de la incitación indirecta a su comisión. Tiene sentido deducir de estas afirmaciones, como ya hiciera la STC 235/2007, que fuera de estas esferas de la criminalidad, es decir, cuando el objeto de la incitación es otro, la sanción del discurso debe cumplir condiciones más rigurosas para permanecer dentro de los cauces constitucionales. La conclusión es que tras la reforma de 2015 existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto⁴¹.

⁴¹ En la doctrina va adquiriendo peso la tesis según la cual la intervención penal debería quedar reservada a las incitaciones públicas y directas a la comisión de delitos, por ser esta la opción menos restrictiva de derechos. Véanse, en este sentido, FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 44, 49; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 105, 240 s., 268, 281 s., con base en la adopción del criterio anglosajón del test de Brandenburg («peligro claro e inminente»); y la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, 2019, pp. 34 ss.

Por otra parte, estimo que la Audiencia Provincial de Barcelona debió haber planteado también, de oficio, una cuestión de inconstitucionalidad sobre las figuras contenidas en las letras b) y c) del art. 510.1 CP. Respecto a la primera, salta a la vista que anticipa la barrera de intervención penal en mayor medida, concretamente, al momento de la venta o distribución de materiales idóneos por su contenido para que se lleve a cabo la conducta tipificada en la letra a) y, todavía antes, a la producción o elaboración de esos materiales e incluso a su mera posesión con la finalidad de distribuirlos. Según creo, la literalidad de este tipo penal supone un claro atentado a las libertades ideológica y de expresión⁴². Mediante la introducción de esta figura delictiva a través de la reforma de 2015 se aprecia la voluntad del legislador de asegurar la criminalización de conductas que hasta la reforma de 2015 eran consideradas impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510.1, de acuerdo con la exégesis restrictiva del tenor literal que venía realizándose. Como argumentó el TS en la sentencia 259/2011, la posesión de ejemplares de temática discriminatoria y excluyente con la finalidad de proceder a su venta o a su distribución «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que (...) se aprecie solo por ello una incitación directa al odio la discriminación o violencia contra esos grupos (...) y sin que (...) se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos». Téngase en cuenta que el precepto no exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que, en efecto, se les castiga únicamente por realizar «lo esperable de su dedicación profesional». Por otra parte, resulta evidente que castigar estos hechos con la misma pena que la establecida para las conductas descritas en la letra anterior del precepto supone una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas⁴³.

Los reparos de constitucionalidad se extienden también al art. 510.1 c), por mucho que el legislador declarase en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 haber acogido la interpretación del delito de negación del genocidio efectuada por el TC en su sentencia 235/2007. Dichas obje-

⁴² En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El retorno de la censura...», p. 99; y LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., pp. 73 s.

⁴³ Así, por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Art. 510», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, 7.ª ed., Aranzadi, 2016, p. 1665. Por otra parte, una vez más, el texto excede de lo reclamado por la Decisión Marco 2008/913. Se instaba allí a sancionar la difusión de escritos u otros materiales como modalidad de incitación pública a la violencia, pero no las conductas anteriores con idoneidad para que esa incitación tenga lugar. Tampoco demanda la Decisión Marco el castigo de la producción o posesión de dichos materiales.

ciones afectan a los dos grupos de conductas descritas en el precepto⁴⁴. Comenzaremos por las acciones de enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional o de su autor. Estas presentan un claro componente apologético, aunque el tenor literal no recoja el término «apología», probablemente con el objeto de prevenir un traslado de los requisitos establecidos en el art. 18.1 CP para el castigo de la misma. Sin embargo, la versión de la apología que se tipifica aquí es todavía más débil que la apología *stricto sensu* considerada por el TC, excepcionalmente, conforme a la Constitución cuando los delitos que se vislumbran en el horizonte son tan graves como el genocidio o el terrorismo. Esta afirmación requiere una breve explicación.

Recordemos que el TC, en su sentencia 235/2007, había legitimado el castigo de la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión entrase en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia. En su opinión, así sucedería, en primer lugar, «cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración». Y lo mismo sucedería, en segundo lugar, «cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión, u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ 9). De manera confusa, parecía equiparar el TC la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si, atendiendo a la primera pauta hermenéutica, entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen y de su autor y exigimos, además, la intención de incitar indirectamente a su comisión, nos estamos refiriendo claramente a la apología *stricto sensu*. El TC vendría así a declarar conforme a la Constitución un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de la provocación (art. 18 CP). Sin embargo, no quedaba claro si se estaba haciendo referencia a un criterio distinto con la alusión a la justificación del genocidio que suponga una provocación

⁴⁴ Como señala LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 78, llama la atención la ausencia de mención a la «justificación» entre las conductas típicas, cuando precisamente fue esa conducta la declarada conforme a la Constitución si se interpretaba como incitación indirecta a la comisión del genocidio. Sobre esta cuestión véase también BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la reforma del Código Penal de 2015», *InDret* 2/2016, p. 11, quien propone interpretar las conductas de trivialización del genocidio como una forma de justificar los hechos pues, en su opinión, de considerarse aquellas como una «negación edulcorada» de los mismos, su tipificación sería inaceptable.

al odio hacia determinados grupos⁴⁵. Como sostuve en su momento⁴⁶, podría considerarse que el TC no pretendió adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio y, por tanto, el art. 607.2 había de interpretarse como justificación del genocidio realizada con intención de incitar indirectamente a su comisión. La tesis es confirmada por la STC 112/2016, donde se considera compatible con la Constitución el delito de enaltecimiento del terrorismo siempre que este se entienda como una incitación indirecta a la comisión del delito, en los mismos términos en los que fue interpretada la figura de justificación del genocidio en la STC 235/2007⁴⁷.

Pero aquella confusión que sembró el TC en la sentencia de 2007 fue aprovechada por el legislador de 2015 para crear un tipo que no se limita a la represión penal de la incitación indirecta al genocidio entendida en

⁴⁵ Sobre esta ambigüedad, véase ROLLNERT LIERN, G.: «Revisionismo histórico...», cit., p. 128, quien interpreta la segunda pauta en el sentido de que la justificación del genocidio habría de perseguir crear un ambiente propicio que facilitase la ulterior realización del delito del art. 510.1; es decir, «vendría a ser una suerte de conducta preparatoria de la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia». Véase también ALONSO RIMO, A.: «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, 2010, p. 58 s. A su modo de ver, se trataría de una incitación referida no al genocidio sino a su antesala, esto es, al clima de violencia y hostilidad del que eventualmente se podría derivar el genocidio. Concluye que el Tribunal Constitucional no recoge dos criterios distintos, sino que el segundo constituye una concreción del primero y que, por tanto, el contenido que otorga el Tribunal Constitucional a la conducta típica de justificación del genocidio es el de una «provocación débil que emparenta con los delitos clima», dado que la referencia de la incitación no es el propio delito sino una fase previa a su comisión. Como sostengo en el texto, creo que es posible realizar una interpretación distinta de la tesis del TC, pero no cabe duda que esta es la forma en que ha sido configurado el art. 510.1 c).

⁴⁶ ALASTUEY DOBÓN, C.: «Discurso del odio...», cit., p. 29.

⁴⁷ Así en FJ 3: «En la STC 235/2007 en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que “[t]ratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio».

el sentido indicado. En efecto, lo cierto es que el art. 510.1 c) no exige que las conductas de enaltecimiento supongan una incitación indirecta a los delitos contra la comunidad internacional enumerados⁴⁸, sino que permite anticipar la intervención penal al favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia ciertos grupos. Por tanto, nos encontramos aquí una vez más ante un delito que castiga la promoción de un clima, que remite directamente a algunas conductas tipificadas en el art. 510.1 a) CP y se solapa con ellas⁴⁹. Expresado de otra forma, el enaltecimiento de esos delitos o de sus autores se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente, con previsión de idéntica penalidad, resulta en realidad superflua. El legislador ha decidido, en consecuencia, igualar por abajo los tipos que castigan el discurso con contenido incitador, extendiendo la represión penal a expresiones que no representan más que peligros hipotéticos de hacer surgir en otros la decisión de realizar actos hostiles o discriminatorios contra ciertos colectivos.

Por otra parte, entre las modalidades típicas se ha incluido, de nuevo, la negación del genocidio —se añade la negación de otros crímenes internacionales, así como la trivialización de todos ellos—. Tras la declaración de inconstitucionalidad de esta modalidad típica, esta previsión sorprende sobremanera. El argumento de que la Decisión Marco reclama su castigo no es válido. Aunque, ciertamente, dicho texto menciona la «negación o trivialización flagrante» de crímenes internacionales entre las conductas cuya sanción debe ser (con carácter general) garantizada, en el considerando 15 tiene en cuenta que las apreciaciones relativas a la libertad de expresión «han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad». Por esa razón, y a la vista de que las decisiones marco no imponen un modelo único de tipificación en todos los Estados, en el apartado segundo del art. 7 dispone que «la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión (...) tal como se derivan de tradiciones constitucionales». Sirva recordar, a este respecto, que nuestro TC viene reiterando que «en nuestro sistema

⁴⁸ Apréciase que la Decisión Marco 2008/913, citada como una de las bases de esta tipificación, sí requiere expresamente la presencia de un componente incitador en estos hechos «...cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio...» —art. 1.1 d)—.

⁴⁹ En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El retorno de la censura...», cit., p. 101. Lo comparte GARROCHO SALCEDO, A. M.: «Delitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas», en *Memento Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, p. 1964. En opinión de TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Art. 510», cit., p. 1669, la cláusula incorporada al 510.1 c) implica una «cierta equivalencia material» con las conductas del art. 510.1 a).

—a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de “democracia militante” esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Por lo que «el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional»⁵⁰. De aquí se extrae claramente que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta⁵¹.

En vez de eso, el legislador afirma que, de acuerdo con la STC 235/2007, el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y por esa razón incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de esos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Pero ya sabemos que no es este el modo de argumentar del TC. En la citada sentencia, distinguía entre negación y justificación del genocidio, y consideraba que solo en el caso de la justificación era factible la interpretación restrictiva que conduce a concebirla como una modalidad de apología *stricto sensu*. A la negación no le aplica el mismo criterio, y acierta, por la sencilla razón de que no cabe imaginar cómo la negación del genocidio puede representar una incitación indirecta a la comisión del delito⁵². Del mismo modo, resulta difícil imaginar que la negación o la trivialización del genocidio, etc., puedan favorecer la creación de un clima favorable

⁵⁰ SsTC 235/2007, FJ 4; 177/2015, FJ 2; y 112/2016, FJ 2. Como ha señalado la doctrina, la postura sostenida del TC español sobre la legitimidad del castigo del discurso del odio, en general, y sobre todo del fenómeno negacionista como manifestación de aquel, no coincide con la defendida por el TEDH. Sobre estas diferencias pueden verse RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 221 ss., 273 ss.; y ALCÁCER GUIRAO, R.: «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, 2015, pp. 50 ss. Para un análisis de la profusa jurisprudencia del TEDH dirigida a determinar qué conductas calificadas como discurso del odio pueden verse amparadas por la libertad de expresión (art. 10.2 del CEDH), me remito, por ejemplo, a ALCÁCER GUIRAO, R.: «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97, 2013, pp. 309 ss.; TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., 133 ss., pp. 133 ss.; GASCÓN CUENCA, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016, cit., pp. 56 ss.; ROIG TORRES, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 42 ss.; y CORRECHER MIRA, J.: «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2/2021, pp. 103 ss.

⁵¹ De la misma opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 10, criticando la inclusión en el tipo de la mera negación de los crímenes internacionales.

⁵² Así, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 344 s.

a la violencia y hostilidad contra esos grupos de personas. Estimo, en definitiva, que existen sobradas razones para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, también, en relación con el art. 510.1 c) CP⁵³.

4.2. *Sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 510.1 CP*

Como indicaba en las líneas introductorias, la AP de Barcelona, en el caso de la librería Europa III, ha decidido no adentrarse en las cuestiones nucleares sobre las que ha de pivotar la interpretación de las tres figuras delictivas del art. 510.1 CP. No toma partido sobre el problema del bien jurídico protegido ni se pronuncia sobre el grado de afectación al mismo exigible. Tampoco aclara cómo concibe las relaciones entre los tipos. Si se prefiere, el escaso desarrollo argumental de la sentencia en este punto pone de manifiesto las dificultades existentes para delimitar los espacios típicos, debido a los defectos de técnica legislativa en que se ha incurrido. En el supuesto que comentamos, las particulares características de los hechos probados, complican, incluso, la elección de la figura delictiva que podría acogerlos. Excedería con mucho el objeto de este trabajo desarrollar ampliamente estas cuestiones. Baste una mera aproximación proyectada sobre el caso.

La reubicación sistemática de la figura destinada a la sanción del negacionismo despeja, a mi juicio, cualquier duda sobre la coincidencia en el objeto de protección, aunque no resulte ni mucho menos sencillo identificar este⁵⁴. En los delitos, como estos, que castigan la promoción de un

⁵³ Se defiende, en cambio, que esta modalidad típica se adecúa a lo exigido por la STC 235/2007 y a la citada Decisión Marco en AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.): *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, p. 204. De la misma opinión, aunque desde una perspectiva muy crítica con el contenido del precepto y con la propia STC 235/2007, TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 425 s.

⁵⁴ La doctrina, tras hacer referencia a estas dificultades, ha esbozado diferentes propuestas sobre el bien jurídico protegido. En lo que alcanzo, se defienden mayoritariamente tesis pluriobjetivas. Véanse al respecto, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El retorno de la censura...», cit., p. 92, quien, refiriéndose concretamente al delito contenido en la letra a), considera que en los casos de incitación a la discriminación se castiga la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo, en los casos de incitación a la violencia el peligro para seguridad del grupo y el derecho a la igualdad del colectivo, y en la incitación al odio no existe bien jurídico alguno; TERUEL LOZANO, G. M.: «La libertad de expresión...», cit., pp. 38 s., cifra el objeto de tutela en el derecho a la no discriminación, dignidad humana en sentido supraindividual y paz pública, aunque, en su opinión, se trata de bienes jurídicos inconsistentes y sin base material, que no pueden justificar la intervención penal; LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación...», cit., pp. 236 ss., particularmente p. 241, quien opina que en todo trato discriminatorio se ven implicados dos bienes jurídicos: uno individual, «el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás», relacionado con la dignidad personal, y otro colectivo, «el modelo de convivencia

clima predelictivo (o previo a la realización de actos ilícitos), la conexión causal entre la expresión incitadora y los hipotéticos actos posteriores de los receptores del mensaje es muy débil, por lo que la distancia de las conductas punibles con la lesión de la libertad individual, la integridad física, o incluso el derecho a la igualdad, es abismal⁵⁵. La protección de esos intereses puede verse, a lo sumo, como la *ratio legis*⁵⁶. Los tipos del apartado 1 del precepto no se destinan tampoco específicamente a la tutela del honor o de la dignidad de los colectivos⁵⁷, interés que fundamenta, en cambio, las figuras delictivas del apartado segundo. Otra opción es entender orientado el objeto de tutela hacia bienes jurídicos supraindividuales antepuestos. En el Código penal alemán, el tipo básico del delito de incitación al odio (§ 130 I) requiere que las conductas sean aptas para perturbar la paz pública, lo que explica que la doctrina alemana mayoritaria aluda a dicho concepto como bien jurídico protegido en ese delito. Acertadamente, los penalistas españoles se han mostrado hasta ahora impermeables a esta influencia, con el argumento de que la vaguedad e indefinición del concepto lo hacen inservible para desempeñar las funciones de legitimación y de interpretación de los tipos propias

plural y multicultural del que parte nuestra Constitución», si bien entiende que ambos aspectos no gozan de la misma trascendencia a la hora de fundamentar los tipos, sino que prima la perspectiva individual; en sentido similar, GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 187, en cuya opinión se describen conductas que lesionan «un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables (...)»; y, en referencia a la letra c), BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 15, quien estima protegidos «un conjunto de valores de diversa naturaleza que van desde la seguridad física y moral o la integración social de las minorías hasta el reconocimiento y disfrute colectivo e individual de los derechos fundamentales y ciudadanos».

⁵⁵ Así, FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 12 y 14; y TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., p. 506. Como señala HÖRNLE, T.: «La protección de sentimientos en el StGB», en Hefendehl (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 389, estos delitos adelantan considerablemente la punibilidad, «ya que para la aparición de una lesión o de un peligro concreto para víctimas concretas es preciso un paso intermedio: las personas incitadas por el agitador deben realizar los hechos punibles como resultado de su decisión responsable». La brecha se agranda, añadido, si la incitación punible no va dirigida directamente a la realización de actos delictivos.

⁵⁶ No estamos, por tanto, en mi opinión, ante delitos de peligro abstracto para estos bienes jurídicos individuales. Así, no obstante, HÖRNLE, T.: «La protección de sentimientos...», cit., pp. 388 s., en relación con el muy similar al español delito del § 130 I del Código penal alemán, criticando la postura dominante en Alemania, que reconducen el objeto de protección al concepto de «paz pública». Sobre ello véase a continuación en el texto. En semejantes términos, con matices, GALÁN MUÑOZ, A.: «Delitos de odio...», cit., p. 58.

⁵⁷ Véase, no obstante, la propuesta de *lege ferenda*, centrada en la tutela del honor, realizada para el delito de negacionismo por TERUEL LOZANO, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 515 ss.

del bien jurídico⁵⁸. Huyendo de esta vía, pero en la misma senda tendente a la identificación de un bien jurídico supraindividual, cabe defender que el delito trata de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos referidos en el precepto «puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad»⁵⁹. A mi modo de ver, en aras de ofrecer una posible interpretación de *lege lata*, esta formulación del bien jurídico consigue explicar mejor el contenido de estas figuras, aunque, conforme a lo indicado en el epígrafe anterior, en ningún caso permite justificarlas, al menos con su actual configuración⁶⁰.

Si se acepta que las tres figuras delictivas se dirigen a proteger el mismo bien jurídico, en casos como el enjuiciado queda excluida la aplicación de un concurso de delitos, solución que, recordemos, había sido la apreciada en primera instancia tanto en los anteriores procesos de la librería Europa (sentencias de los juzgados de lo penal), como en el caso de la librería Kalki (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona). Por otra parte, en lo referente a las relaciones entre los tipos, no puede defenderse con la regulación vigente que el delito de incitación al odio y el de negación o enaltecimiento del genocidio representen diferentes grados de lesividad respecto al citado bien jurídico⁶¹. En tanto que delitos clima, ambos acogen formas de incitación indirecta a la violencia, a la hostilidad, al odio y a la discriminación, y por eso se prevé idéntica sanción⁶². Pero, además, dado que, según lo expuesto, el tipo no exige la creación de un clima hostil o violento, sino que se conforma con su

⁵⁸ En este sentido, entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación...», cit., p. 238, indicando que, al tratarse de un bien muy difícil de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre él acaba siendo totalmente difuso; y, ampliamente, LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La intervención penal...*, cit., pp. 300 ss., 335 s. El tipo agravado del art. 510.4 incorpora una referencia a la idoneidad de las conductas para alterar la paz pública, con lo que será necesario determinar en qué consiste ese plus de injusto, pero abre la puerta a la búsqueda de otro objeto de protección en el tipo básico.

⁵⁹ En este sentido, LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 58: «condiciones de seguridad existencial de grupos y colectivos especialmente vulnerables», con matices en las páginas que siguen. Opina también que el bien jurídico protegido en estas figuras es de carácter supraindividual, GARROCHO SALCEDO, A. M.: «Delitos relacionados...», cit., p. 1959.

⁶⁰ Admito, por lo demás, que este bien jurídico posee una capacidad de restricción del *ius puniendi* limitada, por lo que, como indicaré a continuación en el texto, es preciso buscar externamente los elementos identificativos de las conductas que, por alcanzar un grado de peligrosidad suficiente, pueden considerarse típicamente relevantes (sobre todo, las características del mensaje que se difunde, el modo en que se difunde y el contexto en que se vierte). FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 17 ss. advierte, con razón, del riesgo de excesos en la criminalización al que puede dar lugar justificar el castigo por la lesión de bienes jurídicos basados en la seguridad de los colectivos. Similar, GALÁN MUÑOZ, A.: «Delitos de odio...», cit., p. 58.

⁶¹ A diferencia de lo apreciado, significativamente, por la AP de Barcelona en el segundo proceso de la librería Europa.

⁶² FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 24 s. explica bien el proceso de tipificación cuando el núcleo de lo injusto es el favorecimiento de un clima de hostilidad.

favorecimiento⁶³, no puede decirse que se trate de delitos de lesión para el bien jurídico supraindividual, sino de peligro. Este peligro habrá de ser considerado, al menos, como un peligro hipotético, es decir, debe exigirse una aptitud de las conductas para menoscabar las condiciones necesarias para que los miembros del grupo ejerzan sus derechos en un plano de igualdad (esto es, para crear el clima)⁶⁴. Por tanto, entre el tipo previsto en la letra a) y el descrito en la letra c) del art. 510.1 existe una relación de concurso de leyes, donde el primero es la ley general y el segundo la especial. En este último, la incitación indirecta o encubierta se lleva a cabo mediante el enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional o de sus autores⁶⁵.

En el caso comentado, las acusaciones solicitaban, además de una condena por el art. 510.1. c), la aplicación del art. 510.1 a) en concurso de normas, a resolver por el principio de consunción, con el art. 510.1 b). En efecto, también se da entre estos dos tipos una relación de concurso de leyes, aunque es discutible que el principio aplicable sea el de consunción. Si, como se ha indicado *supra*, el 510.1 b) acoge conductas preparatorias del fomento, promoción o incitación al odio⁶⁶, parece más adecuado recurrir al principio de subsidiariedad⁶⁷. Sin embargo, puesto que el precepto describe diferentes fases de la cadena de difusión, la fase final de distribución o venta masiva de materiales idóneos para incitar al odio puede constituir *per se* una modalidad de comisión del delito de la letra anterior⁶⁸, por lo que respecto a esta última conducta la relación

⁶³ La referida incitación indirecta puede presentar, en efecto, una mayor o menor grado de ofensividad.

⁶⁴ Concibe estos delitos como de peligro hipotético LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 63, aunque no refiere el peligro al bien jurídico supraindividual —que, si entiendo correctamente su argumentación, considera lesionado por las conductas que realizan el tipo— sino a la limitación o imposibilidad de ejercicio de derechos por parte del colectivo. Respecto a la figura de la letra c), también entiende que se trata de un delito de peligro hipotético BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 14. El objeto del peligro sería, en su opinión, «la posibilidad de la creación o desarrollo de una situación objetiva social de odio, discriminación, violencia u hostilidad».

⁶⁵ Ya vimos *supra* que, con la regulación anterior, defendía esta tesis LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio...», cit., pp. 337 ss., en contra de la opinión sostenida por los tribunales en los casos de las librerías.

⁶⁶ En este sentido también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «La falta de respeto...», cit., p. 173. El Grupo de Estudios de Política Criminal (*Una propuesta alternativa...*, cit., p. 37) lo interpreta, en cambio, como una forma de participación en el delito anterior, reclamando su supresión.

⁶⁷ Sobre el ámbito de aplicación de este principio y las dificultades para delimitarlo, véase, por todos, ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 172 ss.

⁶⁸ En efecto, como señala LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 74, en ese caso la incitación, promoción o fomento se lleva a cabo mediante los escritos u otros materiales.

con el tipo anterior será de especialidad. En estos supuestos, la letra b) se erigirá en la figura de aplicación preferente.

Entre los tipos del art. 510.1 se producen, en consecuencia, solapamientos que se evidencian particularmente en el caso que nos ocupa. En efecto, es posible plantear la subsunción de las conductas realizadas por Varela en las tres letras. Centrándonos en los tipos especiales —letra b) en la modalidad típica de distribución o venta y letra c)— la opción entre uno u otro dependerá de si se focaliza la atención en los medios materiales elegidos para llevar a cabo la incitación, promoción o fomento, lo que inclinaría la balanza en favor de la letra b)⁶⁹, o si se concede prioridad, más bien, al contenido negacionista de esos materiales, en cuyo caso resultaría preferible aplicar la letra c).

Como hemos visto, la argumentación de la AP de Barcelona, transcurre, sin embargo, por otros derroteros. El Tribunal descarta la toma en consideración de los dos primeros tipos del art. 510.1 con razonamientos algo crípticos. Por un lado, parece entender que el tipo de la letra a) debe seguir siendo interpretado como una incitación directa al odio, a la hostilidad, a la discriminación o la violencia, con el fin de mantener vigente «la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión». Aunque no se manifiesta en estos términos, cabe deducir que es esta interpretación restrictiva —loable, aunque muy difícil de sostener, dada la mención explícita a las incitaciones indirectas— la que le lleva a excluir su aplicación: no se apreciaría en los hechos enjuiciados una incitación directa a la ejecución de actos de odio, hostilidad u otros. Y, por otro lado, en cuanto al tipo de la letra b), concebido por la Audiencia como una forma anticipada del anterior, tampoco lo considera aplicable porque «las formas más avanzadas del delito absorben a las prematuras». Podría leerse entre líneas, entonces, que el rechazo a su aplicación obedece a la, a su juicio, inidoneidad del contenido de los materiales distribuidos para incitar directamente a la discriminación⁷⁰. No se añade ninguna otra consideración que permita obtener conclusiones más ajustadas.

Así las cosas, el Tribunal centra su análisis en la letra c) del precepto, cuyos elementos típicos entiende realizados. En este sentido, se refiere primero al contenido de las obras, en gran parte coincidentes con las que motivaron la condena en el año 2010. En aquel momento, la AP de Barcelona concluyó que en los libros distribuidos se incitaba indirecta-

⁶⁹ De hecho, con frecuencia se citan los casos de las librerías Europa y Kalki como ejemplos de aplicación práctica del tipo en cuestión. Así, AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.): *Manual práctico...*, cit., p. 203, afirmando que antes de la reforma estos casos solo forzadamente podían subsumirse en los arts. 510.1 y 607.2; y GARROCHO SALCEDO, A. M.: «Delitos relacionados...», cit., p. 1963.

⁷⁰ Según afirma, «la exclusión de esas modalidades *también* debe operar desde la nueva redacción penal» (FJ 11). La cursiva ha sido añadida.

mente a la discriminación e incluso a tomar medidas violentas contra determinados grupos, razón por la cual aplicó el art. 607.2. Pero —añade la AP en este tercer proceso— en los hechos ahora probados se examina un mayor contingente de obras, en las que, junto a la justificación del holocausto, se aprecia un «enaltecimiento subliminal» del mismo, así como un «ensalzamiento a ultranza de varios de sus autores». Es evidente, por otra parte, la concurrencia del requisito típico de publicidad.

Constatada de esta manera la adecuación formal de los hechos probados a los verbos típicos, ciertamente indiscutible, resta determinar si la distribución de esos materiales promovió o favoreció un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los colectivos protegidos. Para dotar de alguna virtualidad restrictiva a esta cláusula —de manera que no se considere que cualquier enaltecimiento público de esos delitos promueve el clima hostil—, es preciso aplicar el test de relevancia del riesgo de la Recomendación de Política General n.º 15 de la ECRI y del documento de Naciones Unidas (Plan de acción de Rabat). La Audiencia Provincial de Barcelona, pese a hacer referencia a estos textos en un fundamento de derecho previo, no se detiene a valorar minuciosamente los hechos a la luz de los criterios que contienen, pero a lo largo de su argumentación jurídica pueden encontrarse diseminados gran parte de ellos:

- La actividad desempeñada en la librería supone una distribución en masa de obras con contenido vejatorio y discriminatorio. La difusión se centra en esos títulos, suscitando el establecimiento librero una sensación de «monotema», apreciado incluso en el «merchandising» ofrecido al público.
- La organización de conferencias y su comercialización posterior potencian la expansión pública de las ideas y ponen de manifiesto un exceso en la actividad comercial propia de una librería⁷¹.
- Se utilizan medios de comunicación de alcance (página web, redes sociales...).
- El mensaje se comunica de manera reiterada.
- Se trata de una persona conocida en los círculos nazis, y con capacidad de ejercer influencia en los destinatarios del discurso.
- Existe un contexto social eventualmente violento que representa un caldo de cultivo para la incitación discriminatoria.
- Finalmente, la Audiencia se refiere a la indudable motivación discriminatoria del acusado, en su opinión, «cuestión finalística» exigida en los delitos de incitación al odio.

⁷¹ Probablemente, este elemento marque la diferencia con el caso de la librería Kalki.

Ciertamente, con base en estos parámetros, cabe entender que las conductas realizadas favorecen el clima de violencia u hostilidad contra determinados grupos al que se refiere el precepto, y pueden considerarse, incluso, objetivamente idóneas para crear dicho clima⁷². También es posible afirmar que concurre el dolo —aunque el Tribunal no se pronuncia sobre la intención del acusado, sino solo, como hemos visto, sobre su motivación discriminatoria—. Por tanto, en efecto, los hechos pueden ser subsumidos en el art. 510.1 c). Ahora bien, resulta objetable que la Audiencia no se haya planteado la posibilidad de interpretar los requisitos típicos de manera restrictiva, más acorde con la doctrina del TC (SsTC 235/2005 y 112/20216), de conformidad con lo señalado *supra*.

Si el delito de negacionismo se entiende como una auténtica incitación indirecta a la realización de delitos contra la comunidad internacional, no basta con que el objeto o la referencia del enaltecimiento de delitos previos o de sus autores —por supuesto, declarados como tales por los tribunales competentes— sea la creación, y menos el favorecimiento, de un clima hostil (insistimos, ni siquiera necesariamente predelictivo). La referencia tiene que ser los crímenes internacionales que pueden ser cometidos como consecuencia de ese clima. Visto así, solo podría aplicarse el tipo cuando se constataste una aptitud de la conducta para desencadenar en otros la decisión de cometer esos crímenes internacionales⁷³. Por supuesto, el dolo debería abarcar estos elementos objetivos del tipo. Cuando se produce ese salto, los déficits de ofensividad detectados se aminoran considerablemente, porque partimos de la efectiva existencia de un clima hostil, lo que significa que ya se han visto afectadas las condiciones que posibilitan a los miembros del grupo el ejercicio igualitario de sus derechos (se ha lesionado el bien jurídico referido *supra*), y el objeto de referencia último es el bien jurídico protegido por los delitos contra la comunidad internacional.

De interpretarse de este modo el delito del art. 510.1 c), la condena a Pedro Varela por aplicación de dicha figura delictiva hubiera resultado, seguramente, hartamente compleja. Nada hubiera impedido, en cambio,

⁷² Aunque se echa en falta una referencia a las características de los receptores del mensaje negacionista. En cualquier caso, la Audiencia parece deducir que el mensaje distribuido a través de esos materiales alcanza la intensidad suficiente para ser considerado potencialmente idóneo para generar reacciones violentas, hostiles o discriminatorias.

⁷³ Véanse esta clase de propuestas de interpretación restrictiva acerca del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) en ALONSO RIMO, A.: «Apología...», cit., pp. 64 ss.; y en GALÁN MUÑOZ, A.: «El enaltecimiento del terrorismo. ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-32, 2022, pp. 18 ss., 29, aunque con importantes diferencias entre ambas posturas, sobre todo en materia de bien jurídico protegido y de tipo subjetivo, desde el momento en que el primero entiende la figura como un acto preparatorio y el segundo, en cambio, como un delito autónomo.

la subsunción de los hechos en los tipos de las letras a) y b) —a no ser que se ensayen exégesis restrictivas extremas—, o incluso, en atención al componente humillante o vejatorio del contenido de los materiales, en el delito del art. 510.2 CP.

